

# Contratación Pública: Un futuro con claroscuros



Autor: Roberto Hernández García, es Maestro en Derecho por la Universidad Panamericana. Socio de COMAD, S.C. Fue el coordinador fundador del Comité de Contratación Pública de la Barra Mexicana Colegio de Abogados; coordinador del Comité de Contratación Pública de la International Bar Association (IBA) y coordinador del Comité de Proyectos Internacionales de Construcción de la IBA. Actualmente es presidente de la Comisión Anticorrupción de la International Chamber of Commerce, Mexico (ICC México); presidente del Comité de Solución de Controversias en Construcción de ICC México y vicepresidente del Comité Anticorrupción de la IBA. Está reconocido por las publicaciones *Chambers and Partners*, *WhosWhoLegal* y *Best Lawyers*, en materia de contratación pública y derecho de la construcción.

Es editor y coautor de los libros: *Public Procurement: A guide to best practice* y *Construction and infrastructure Disputes: a global handbook* de la editorial Globe Law and Business, de Londres, Inglaterra

Como premisa para que en el país se respete la contratación pública, y se genere un ambiente de seguridad jurídica, sin duda será necesario el considerar en serio la agenda anticorrupción, y empezar a sancionar a servidores públicos, así como a personas físicas y morales del sector privado, involucrados en ciertos ilícitos. Por otra parte, a la fecha muchos actores de la vida nacional se siguen quejando de lo que sucede en esta materia; por ello, en este artículo se vuelven a plantear algunos problemas que las empresas están sufriendo día con día, junto con algunas notas sobre lo que se sugiere como alternativas de solución

## INTRODUCCIÓN

Hace un año más o menos tuve la oportunidad de escribir en esta misma prestigiosa revista de análisis jurídico **Abogado Corporativo**, un artículo denominado: “Los retos de los abogados de la contratación pública para el 2013”, en el cual ya perfilaba algunas preocupaciones que vislumbraba desde aquel entonces en esta materia.

Hoy en día, lamentablemente no puedo afirmar que mi visión era errónea, pues muchos actores de la vida nacional se están quejando amargamente de lo que está sucediendo; por esto, es que en este espacio vuelvo a plantear los problemas que, ya no sólo los abogados, sino las empresas están sufriendo día con día, junto con algunas notas de lo que desde mi óptica podría hacerse al respecto.

Para ello, y por cuestiones de orden, separo esas grandes preocupaciones en los siguientes temas.

### REESTRUCTURA ADMINISTRATIVA: ESTADO DE LAS COSAS

El año 2013 fue testigo de un “muerto viviente”: la Secretaría de la Función Pública. Desde las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) mediante las cuales propiamente se “desapareció” a esta dependencia, ante la inminente creación de la Comisión Anticorrupción (que a la fecha en que se escribe este artículo no ha visto la luz), las demás entidades y dependencias dejaron de considerar a esa autoridad como un ente normativo rector, y comenzaron a desdeñar sus funciones *de facto*.

Lo anterior, aunado a que su titular nunca recibió el nombramiento de “Secretario”, sino de Subsecretario (no obstante tener el nivel personal y profesional para asumirlo). Lo cierto es que aquella Secretaría que era temida y obedecida, como consecuencia perdió el respeto de parte de muchos servidores públicos.

Pero el asunto lamentablemente no quedó ahí: la propia modificación a la LOAPF generó la creación de las denominadas “Unidades de Auditoría Preventiva”, que son las sucesoras de los Órganos Internos de Control, mismas que no tendrían problema en su existencia, de no ser porque los titulares de las dependencias y entidades nombran a dichos titulares; es decir, los auditados nombran a sus auditores, con lo cual la imparcialidad no puede garantizarse por obvios motivos.

Esa situación ya está teniendo claros efectos negativos tanto para empresas, como abogados, que sufren la falta de interés y de atención de los asuntos de inconformidades y conciliaciones, pues ningún servidor público de las referidas Unidades quiere “contrariar” a sus superiores jerárquicos, y mucho menos cuando ya no hay una Secretaría que los pueda controlar.

El tema no es menor, pues literalmente deja en una situación de “debilidad jurídica” a los usuarios ante esta estructura administrativa tendente a que no haya revisión de actos ni nulidad de situaciones anómalas.

Sin duda, esa situación debe de atenderse y corregirse a la brevedad. Esto, si México quiere ser visto como una país serio

que respeta los derechos de defensa administrativa de los gobernados.

### AGENDA ANTICORRUPCIÓN: ¿LA ÚLTIMA DE LA FILA?

Ha pasado ya más de un año de que la Comisión Anticorrupción fue propiamente “creada” en el papel, pero aún no ve la luz.

Por su parte, a casi más de un año y medio de la promulgación de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP), tampoco se han visto resultados que verdaderamente permitan a los actores públicos y privados ver lo riesgoso de incurrir en actos de corrupción.

Lo anterior resulta sumamente grave, si se toma en cuenta que los ciudadanos de a pie permanentemente claman y exigen una contratación pública más transparente y cierta, que no los haga incurrir en actos de corrupción.

Sobre este tema evidentemente prioritario, del que no se entiende la falta de atención de la clase política, solamente puedo afirmar que las señales de los poderes de la Unión no han sido contundentes, pues le han dado poca atención al tema, no obstante que, tal y como lo señaló el senador Armando Ríos Piter al comentar el dictamen del órgano anticorrupción, sea de “principal interés nacional”:

*La corrupción, según los estudios del Consejo Coordinador Empresarial, e incluso según estudios del Banco Mundial, le cuesta a la economía mexicana, 10 por ciento del Producto Interno Bruto; una reforma fiscal, no alcanzaría ni siquiera; no alcanzó la pasada 1.5 por ciento del PIB; veamos las dimensiones y los números de lo que estamos hablando*

En este contexto, para que en el país se respete la contratación pública y se genere un ambiente de seguridad jurídica, debe de tomarse en serio la agenda anticorrupción y comenzar a sancionarse a servidores públicos, así como a personas físicas y morales del sector privado.

### ¿REFORMAS A LAS LEYES EXISTENTES?

No obstante el esfuerzo realizado por algunos órganos empresariales, tales como la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción (CMIC), para presentar iniciativas de ley que generen una mayor seguridad para las empresas constructoras, la respuesta ha sido sumamente pobre por parte del Gobierno Federal.

Las propuestas de modificaciones a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), no han sido objeto ni siquiera de debate público, de la misma forma transparente con la que se crearon.

De ello que es necesario que se retome y reanalice la revisión de la normatividad existente, pues todos los problemas detectados pueden ser resueltos, siempre y cuando haya voluntad tanto del sector público como del privado. Esto debe de hacerse en forma pronta, si se toma en cuenta la gran afectación que sufrió la industria de la construcción durante el 2013,

ante la escasez de proyectos que permitieran que el sector tuviera los resultados esperados.

### **LAS APP, GRANDES AUSENTES EN EL 2013. ¿LO MISMO SERÁ PARA EL 2014?**

Las Asociaciones Público Privadas (APP) se consideran un gran paliativo para la creación de infraestructura ante la falta de recursos y la distribución de riesgos. Con la creación de la Ley de Asociaciones Público Privadas, su reglamento y las disposiciones reglamentarias hace un par de años, definitivamente sentaron las bases de un marco normativo importante, pero a la fecha no se han detonado los proyectos que representaban con el impacto que se esperaba.

El 2013 literalmente tuvo "sequía de APP", y si bien se espera la aparición de algunas para los próximos tiempos, según entidades como BANOBRAS, lo cierto es que esa espera parece ser más larga de lo anunciado.

Sobre este tópico, solamente cabe señalar que se espera que se desarrollen más APP, pero debe de tomarse en cuenta que esta figura cambiará radicalmente la forma en la cual se realizará infraestructura en México, y que, por tanto, las empresas constructoras deberán cambiar su manera de actuar y proceder, olvidando las fórmulas de la contratación pública tradicional.

### **SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA REEVALUACIÓN NECESARIA**

Ningún régimen de contratación pública puede estar completo sin los suficientes y correctos mecanismos de solución de controversias, los cuales contrarresten los posibles abusos por parte de las dependencias y entidades contratantes.

Así, por lo que se refiere al procedimiento de contratación (licitación, invitación a cuando menos tres personas), si bien la inconformidad no se trata de un medio de solución de controversias en sí mismo, sí es un medio de impugnación que requiere una reevaluación administrativa, legal y de fondo, para que sea eficiente.

Durante muchos años se ha satanizado a este procedimiento por los servidores públicos y hasta han amenazado y amagado a aquellos que se inconforman, pero lo cierto es que en muchas ocasiones los servidores públicos se equivocan (deliberadamente o no), en perjuicio de los licitantes.

De ello que es claro que para que una contratación pública sea tomada con seriedad, deben de existir mecanismos por parte de entidades independientes, imparciales y transparentes, los cuales resuelvan este tipo de conflictos, pues el esquema actual no garantiza seguridad jurídica ni seriedad en el proceso.

Por lo que se refiere a los contratos, si bien los Tribunales Federales han mejorado su gestión en varios aspectos, lo cierto es que el tiempo en que resuelven los temas, y su falta de especialización manifiesta, hace literalmente inviable un procedimiento tanto en tiempo como en costo, generando que las empresas prefieran "arreglarse" que pelear en un foro, que si

bien puede ser justo e imparcial, no resuelve con la celeridad que se requiere.

### **PEMEX: ¿LA MUERTE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR ENERGÉTICO?**

La reforma energética ha sido aplaudida por muchos actores nacionales e internacionales como un gran acierto. Sin embargo, uno de los temas que dejará literalmente "descobijado" es el de las miles de empresas nacionales (e inclusive extranjeras) que vivían prácticamente de venderle a Petróleos Mexicanos (Pemex) –con sus virtudes y defectos– bajo los regímenes que conocemos hoy en día.

Si bien es sumamente aventurada la afirmación, considero que muchas empresas se quedarán sin trabajo ante un Pemex que dará paso abierto a las empresas privadas, las cuales contratarán en una forma distinta, y ciertamente más discriminatoria que esa Entidad y sus subsidiarias, pues no tendrán la obligación de seguir procedimientos legales como los que la contratación pública impone.

El efecto de esta situación puede ser sumamente complicado para la economía de todas estas empresas y, por tanto, Pemex dejará de ser la "reina de la contratación pública", ante una reducción inminente de su tamaño y necesidades. Por consiguiente, muchas empresas deberán transformarse o morirán, sin duda. Ante esto, será necesario entender cuál será el impacto de la reforma energética en la contratación pública, para poder evolucionar.

### **PERSPECTIVAS Y NECESIDADES**

Ciertamente vivimos tiempos interesantes, aunque difíciles para la contratación pública, comenzando por la parte administrativa; pasando por la falta de mecanismos de transparencia eficientes; hasta la creación de nuevas figuras, las cuales revolucionarán la forma de hacer las cosas. Todo ello nos llevará a una nueva época en esta materia.

Recordemos con nostalgia, por ejemplo, los tiempos en que existía una sola "Ley de Adquisiciones y Obras Públicas", y pensemos que hoy en día los regímenes se han multiplicado y complicado en aras de mejorar varios frentes.

Dicho lo anterior, afirmo sin temor a equivocarme que en los próximos años la contratación pública sufrirá en México el mayor cambio acontecido en los últimos 20 años, y nos enfrentaremos con nuevas realidades y problemáticas.

Tanto el sector público como el privado tendrán que buscar espacios conjuntos y defender sus propios intereses, en forma paralela, en un proceso *Tesis-Antítesis, Síntesis*, mismo que, seguramente, nos llevará a soluciones diversas.

Por último, será responsabilidad de los abogados que trabajamos en este sector, el adelantarnos a estos cambios, para poder asegurar el Estado de Derecho en la contratación pública.

**Roberto Hernández García**  
Socio de COMAD, S.C.