

EL MARCO NORMATIVO DE LA INFRAESTRUCTURA

Manuel BARQUÍN ÁLVAREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación de los contratos de infraestructura en México*. III. *El control y la supervisión de la obra pública*. IV. *La intervención del Estado en la economía y los contratos administrativos*. V. *La tipología de los contratos de procura gubernamental*. VI. *Los tipos de contratos de procura gubernamental*. VII. *Innovaciones en materia de procura gubernamental*. VIII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la infraestructura pública en México es un tema que requiere mayor atención, porque no únicamente se enfrenta la economía nacional a cuellos de botella en materia de energía, sino que el transporte y las comunicaciones también ofrecen retos formidables para el crecimiento de la economía. Inexplicablemente, la regulación en materia de infraestructura pública no ha sido modernizada. La construcción de infraestructura y su mantenimiento representan el mayor volumen del gasto en procura gubernamental. Actualmente, en nuestro país la regulación de la procura gubernamental se ha separado en dos leyes que reglamentan las dos vertientes en que se han diferenciado las actividades antes mencionadas, por una parte las obras públicas y los servicios, relacionados

con aquéllas, y por la otra, los arrendamientos, las adquisiciones de bienes y servicios, aun cuando en leyes anteriores se regularon en forma conjunta.

La razón para separar la regulación no es del todo clara, ya que la diferenciación de vertientes pudiera ser un ejercicio de deslinde conceptual que agrega claridad, pero también puede ser poco práctica atendiendo al hecho de que los procedimientos y la metodología que se emplea ha sido coincidente, en parte porque la regulación constitucional no proporciona bases para la diferenciación entre las obras y el resto de las adquisiciones. El error de enfoque que afectó a la regulación constitucional de la procura gubernamental consistió en que en vez de contemplarla como una función clave para la operación de Estado y como un instrumento decisivo para el desarrollo del país, el énfasis se hace en la regulación de los procedimientos de licitación, es decir, se reduce a considerar los aspectos instrumentales, tratando de garantizar su regularidad, pero sin la conciencia clara del valor estratégico de la procura gubernamental. Por ello, no se hace énfasis en los criterios de eficiencia o eficacia económica, ni se prevé un control racional y global del conjunto de actividades gubernamentales de procura, para darles parámetros objetivos y homogéneos.

En la Constitución de 1917 se previó la inclusión de un artículo (el 131), cuya redacción fue presentada por el diputado Fernando Lizardi, refiriéndose a los contratos de obra pública y requiriendo que se celebraran mediante convocatoria, para los efectos de que se presentaran proposiciones en sobres cerrados. La única cuestión que se presentó a debate fue la preocupación del diputado Federico Ibarra, quién señaló que no previéndose el caso de que no se presentaran postores a la convocatoria, pudiera llevarse a cabo la obra por administración directa. Afortunadamente, el diputado Paulino Machorro, miembro de la Comisión de la Constitución hizo la atinada observación de que la alternativa no era excluyente, ya que también existía la posibilidad de que la convocatoria fuera mejorada o la posibilidad de que la obra no

se llevara a cabo. Finalmente, la Comisión de Estilo le dio nueva numeración al texto, correspondiéndole el número 134:

Artículo 134. Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.¹

De la lectura del texto se pueden hacer varias observaciones que giran en torno al desconocimiento que el Constituyente originario tenía sobre el tema, ya que el procedimiento de subasta pública no tiene un carácter complementario con el de licitación por medio de sobre cerrado. En efecto, la práctica usual es que se presente una o la otra modalidad. Es más, en estricto sentido, la subasta pública y el procedimiento de ofrecer propuestas en sobre cerrado no son necesariamente compatibles como actos integrados o simultáneos, ya que una excluye al otro, a menos de que la entrega de propuestas en sobre cerrado sea un trámite previo a la subasta, donde necesariamente se conocerían públicamente. Las dos previsiones responden a criterios opuestos: la publicidad, en el caso de la subasta y la reserva, en el caso de los sobres cerrados, para proteger los derechos de los potenciales contratistas.

No obstante, la redacción original sobrevivió hasta 1982, cuando se introdujo el texto actual, que resulta más funcional, ya que no se restringe a la vertiente de las obras públicas, que incluye las adquisiciones, los arrendamientos y las enajenaciones de todo tipo de bienes, y la prestación de servicios de cualquier naturaleza. En el texto actual se incluye como principio general la licitación pública mediante convocatoria igualmente pública, en que

¹ Véase Cuadro comparativo *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de los regímenes revolucionarios 1917-1990*, 2a. ed., SSP, 1990, pp. 492. Para un estudio más detallado *cfr.* Zavala Chavero, Roberto, “La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento”, *La obra pública en el Estado mexicano*, México, Porrúa, pp. 11-15.

las propuestas se presentan en sobre cerrado. El caso excepcional vendría a ser el de otros procedimientos que se utilicen en el caso de que la licitación no resulte el procedimiento idóneo. La regulación de los procedimientos quedó para ser normada por el legislador ordinario. Finalmente, el texto actual expresamente enuncia los principios que deben regir en los procedimientos de procura, refiriéndose a la economía, eficacia, imparcialidad y honradez, que aseguren las mejores condiciones para el Estado, en lugar de restringirse a privilegiar el criterio del menor precio.

Sin embargo, el problema principal de la redacción del artículo 134 parece referirse a la ambigüedad con que se consignan los principios y particularmente el objetivo de la normatividad, que deben seguirse para “que se aseguren las mejores condiciones para el Estado”. En efecto, las mejores condiciones parecen referirse al control y racionalización del gasto. Lo anterior parece quedar convalidado si se atiende a los principios enunciados: economía, eficiencia, imparcialidad y honradez. La legislación federal parece corroborar lo anterior, ya que históricamente el criterio dominante ha sido el de asignar las licitaciones al postor que ofreció el menor precio. Situación que recientemente ha sido corregida por el legislador federal, para algunos casos en que puede asignarse sin que el menor precio sea un criterio prioritario. El principio referido puede ser el mejor en el caso de los artículos que se expenden en mercados cercanos a la perfección, donde los productos tienen precios y características ampliamente conocidas y publicitadas.

El problema que ofrece la procura gubernamental actualmente puede resumirse en dos ámbitos: en primer término, el rubro que representa el mayor egreso o inversión no es el de los artículos que se obtienen en grandes volúmenes, sino el de los que representan el mayor egreso o los que son estratégicos para el desarrollo económico. Precisamente, el caso de la procura gubernamental para la infraestructura pública resulta estratégica porque los bienes y servicios que se prestan o producen, así aquellos cuya producción se incentiva, permiten o potencian la producción de otros bienes o servicios complementarios elaborados por parti-

culares, empresas privadas o del sector social, favoreciendo la diversificación de la planta industrial y la proliferación de empresas, lo que a su vez repercute en la generación de empleos productivos.

El volumen de las compras gubernamentales, tanto en bienes, obras o servicios, permite incidir en la orientación y continuidad de la satisfacción de la oferta de bienes privados y la prestación de servicios que consume el Estado. Por ello, la procura gubernamental es en sí misma un instrumento privilegiado que impacta el desarrollo y el impulso a las actividades económicas de cualquier país. Por ejemplo, el valor del conjunto de las transacciones de procura gubernamental en La Comunidad Europea es alrededor del 16% del GDP y en Los Estados Unidos la cifra equivale a cerca del 20%.² El volumen de la procura gubernamental europea se debe en gran parte a las operaciones de las grandes empresas públicas, que se ubican principalmente en el ámbito de la energía, mientras que en los Estados Unidos de Norteamérica se explica en función de la industria espacial y el complejo industrial-militar que produce bienes o proporciona servicios al Pentágono.

En octubre de 2002 el presidente George Bush sometió al Congreso el mayor presupuesto militar de la historia de su país, desde la era del presidente Ronald Reagan (de alrededor de 335 billones de dólares) llegando a la cifra récord de más de 2 trillones³ de dólares. Naturalmente, una parte importante de la cantidad en cuestión se destina a la adquisición de bienes y servicios por parte de las fuerzas armadas, así como para el desarrollo de las tecnologías que tienen aplicaciones bélicas, con independencia de que también tengan aplicaciones para fines pacíficos. El gobierno de los Estados Unidos es el mayor comprador dentro de la economía norteamericana y en el mercado internacional de

² Dimitri, Nicola *et al.* (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006, p 3.

³ Keyes, W. Noel, *Government Contracts*, Saint Paul, Minnesota, Thomson-West, p. XLVI.

bienes y servicios debe ocupar uno de los primeros lugares, por encima de países con pocos habitantes o sin el desarrollo industrial que supondría la necesidad de consumir bienes y servicios en forma masiva. La procura gubernamental del gobierno de Estados Unidos debe ser la primera en valor.

La regulación para la ordenación de la procura gubernamental está contenida en la Federal Acquisition Regulation Act (FAR) de 1984, revisada por última vez en 1996. Además, el complejo normativo indirectamente relacionado incluye leyes como las siguientes: Sarbanes-Oxley Act de 2002, y Anti-Kickback Act de 1986, Racketeer Influenced & Corrupt Organization Act y The Ethics in Government Act de 1978. Asimismo, intervienen una gran cantidad de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, por ejemplo, el Defense Acquisition Regulatory Council, la Civil Acquisition Agency, así como The Nation Whistle Blowers Center y Transparency Internacional, que publica el *Corruption Perception Index*. La complejidad de la regulación se agudiza por el hecho de que algunas de las agencias del gobierno federal con competencia para aplicarla también tienen facultades para reglamentarla en forma particular, dentro de su ámbito de competencia. Como si eso no fuera suficiente complicación para los abogados, cada entidad federativa tiene su propia legislación especializada en materia de procura gubernamental.⁴

En el ámbito de la Comunidad Europea, que en un sentido lato correspondería a una confederación, además de la legislación propia de cada país, existe una normatividad común para toda la Comunidad Europea. Por ejemplo, la Directiva 93/38 CEE de 17 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de agua, energía, transporte y telecomunicaciones, que se aplican las entidades contratantes que sean poderes públicos, empresas públicas o que sin ser poderes públicos o empresas públicas ejerzan entre sus actividades algunas de las incluidas como materia de regulación por la directiva o gocen

⁴ *Ibidem*, pp. 3-11.

de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro de la CEE. Los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos no se extiende solamente a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas de la CEE sobre contratación pública, que fundamentalmente se aplican a los contratos con un presupuesto igual o superior a los topes que se establecen en las mismas, sino que también se aplican a todos los contratos que celebran los órganos de contratación sujetos a las directivas, de acuerdo con lo dispuesto en varios de los preceptos del Tratado de la Comunidad Europea y conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidad Europea.⁵

II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN MÉXICO

La regulación de los contratos de infraestructura pública ha presentado problemas que si bien son comunes a los que se presentan en el ámbito de la infraestructura pública, son particularmente agudos en el ámbito Federal en México, debido a la obsolescencia de la regulación en materia de procura gubernamental. Las obras públicas de infraestructura pueden ser instalaciones industriales, vías de comunicación u otras similares en complejidad e impacto en las actividades económicas de un país, por lo que comparten características con otras obras de igual magnitud, en el ámbito privado.

En todos los casos las obras de infraestructura pública incluyen edificaciones o instalaciones que requieren obras de ingeniería especializada, de realización multianual y son inversiones de gran magnitud que se destinan a una operación que supone una permanencia en el largo plazo. Además de que, por ser pro-

⁵ Moreno Molina, José Antonio, *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, pp. 4-6.

ductivas pueden ser autofinanciables. Por ello, no únicamente requieren de estudios de mercado de largo plazo, con un cierto grado de previsibilidad, cuya amortización también se produce a largo plazo, sino que igualmente presentan una característica en común, ya que el proyecto sobre el que se basa la obra puede sufrir modificaciones de costos, por el indefectible incremento en el precio de insumos durante el tiempo de su ejecución, que puede prolongarse por años o incluso quinquenios.

Adicionalmente, el progreso tecnológico puede requerir la modificación de la ejecución de un proyecto de infraestructura pública productiva; especialmente en el ámbito de la energía y de las comunicaciones, por ejemplo, el monopolio o la posición dominante de las compañías de telefonía tradicional ha venido a ser modificada por el desarrollo de la telefonía celular, como en el siglo pasado se modificó la posición de los ferrocarriles en el mercado del transporte, con el auge de los vehículos automotores y la construcción de carreteras de asfalto. La perspectiva ante la que se encuentra una empresa que enfrenta un cambio tecnológico de la magnitud apuntada necesariamente tiene que replantear su programa de desarrollo modificando sus proyectos concretos, tanto en ciernes como en ejecución. La legislación federal, al privilegiar la anualidad, dificulta la modificación del proyecto y/o de su ejecución, lo que resulta disfuncional para las obras de infraestructura.

Inexplicablemente, a pesar de la falta de idoneidad de la regulación actual en materia de obra pública, no se ha producido una modificación de la legislación, por la errónea concepción que subsiste en materia de las obras públicas. En primer término, campea la idea de que se trata de obras tradicionales de albañilería, sujetas al principio del menor costo posible, con proyectos definitivos que no deben ser susceptibles de ser modificados, por motivos de seguridad y honestidad. Una de las razones que explican la actitud en cuestión radica en la insistencia por combatir la extendida práctica de permitir postores que priorizan cumplir con la exigencia del precio más bajo, por verse forzados, de bue-

na o mala fe, a hacer estimaciones poco realistas en cuanto a los costos y previsiones de aumento en materias primas o de otros imponderables, con tal de asegurar el éxito de su postura.

Cuando la oferta no es sostenible en el largo plazo, los contratistas se enfrenta ante la disyuntiva de quebrar o verse forzados a incumplir con las condiciones de contratación, para que después de la adjudicación y pasado un plazo razonable, los contratistas se vean obligados a plantear a la dependencia contratante un convenio modificadorio, cuya ocurrencia teóricamente debería ser excepcional, pero prácticamente resulta inevitable.

No es necesario insistir en que la maniobra apuntada también puede ser buscada intencionalmente por los contratantes, para defraudar a la ley y obtener ganancias ilegales, muchas veces en contubernio con las propias dependencias contratantes, con el propósito de repartirse las ganancias indebidas, producto de la colusión para descartar las propuestas que por contener precios más realistas, son derrotados por el que simula tener los menores precios.

En México, por lo que hace a la autoridad supervisora o controladora de la obra pública, militan en contra de su inaplazable actualización dos factores: primero, la falta de especialización o profesionalización de los controladores, y segundo, el hecho de que las obras públicas tradicionales son más numerosas y pueden llenar más páginas de informes, porque son más fáciles de supervisar y controlar. En el caso de las grandes empresas públicas de energía, el problema de su control y supervisión eficaz es difícilmente practicable, debido a que los mejores cuadros de técnicos y profesionales laboran preferentemente en las empresas y no en las entidades controladoras del sector central, cuyas condiciones de remuneración y estímulos han sido tradicionalmente menos atractivas, por desempeñar actividades que son menos creativas, independientes y productivas. El desconocimiento del campo de acción a controlar explica que el personal de las dependencias controlado tenga una afinidad electiva por los controles formales y procedimentales, donde los funcionarios controlados no tienen ventaja sobre los controladores. La rigidez de los controladores

es directamente proporcional a su inseguridad e incapacidad de evaluar el fondo y los resultados, en vez de limitarse a las formalidades y a la escrupulosa revisión de plazos y procedimientos sin trascendencia.

En nuestro medio, hay factores concomitantes que impactan negativamente la calidad del control de la infraestructura pública en general y la de energía en especial. La forma dispersa, inconexa y desarticulada como se le regula la materia es uno de tales factores. Por una parte, está la obsoleta normatividad federal; por la otra, en el caso de la energía, las necesidades y las modalidades del financiamiento de las obras de infraestructura de índole productiva se prestó para que se buscara una alternativa racional y más eficaz, a través del esquema de Pidiregas, regulado en las leyes hacendarias, con la ventaja de que se allanaron los inconvenientes que presentaba el principio de anualidad que priorizaba la legislación federal y que sólo recientemente fue mitigado, admitiendo la salida de aceptar excepciones al principio de anualidad, lo que hizo posible la regulación permisiva de las leyes hacendarias en materia de obra de infraestructura pública.

La abundancia de reformas a la Ley de Obras Públicas federal no se ha dirigido a superar la exuberancia y bajo nivel de eficacia que la ha caracterizado fuera del ámbito de las obras civiles de escasa complejidad, donde por lo menos no hace daño. Por ello, otra salida que se buscó fue la introducción dentro de la tipología de contratos de obra de los contratos mal caracterizados y peor traducidos como de “Llave en mano”, que en la práctica acredita plenamente como ante la desesperación por la falta de una reforma que replanteará la regulación, por fin se hizo a un lado la periclitada y reducida tipología de contratos de precio unitario y precio alzado, pero ignorando los tipos de contratos que irrumpieron en la escena desde la Primera Guerra Mundial y que han venido desarrollándose desde entonces, superando sus imperfecciones iniciales. En cambio, a manera de remiendo, se incluye un tipo de contrato de dudoso origen y con un bajo umbral de seguridad jurídica.

La primera mención de los contratos en cuestión se refiere al contrato llamado en inglés *turnkey*, cuya mención se atribuye a algunos abogados norteamericanos: Christopher Smeall, Emmanuel Lulin y Mary Abrahan (*sic*), autores que no son conocidos en el ámbito de la regulación federal de procura gubernamental, contenida en varias leyes, de entre la más destacada es la Federal Acquisitions Regulation, ni es posible encontrar alguna publicación reciente de los profesionales en cuestión. Para comenzar, la palabra *turnkey* parece ser la sustantivación de la acción de dar vuelta a una llave, presumiblemente con el propósito de tener acceso puerta adentro, por lo que la traducción que se ha hecho es por lo menos demasiado libre.

En los Estados Unidos, por motivos de seguridad jurídica, los modelos de contratos de procura gubernamental, en el nivel federal, están descritos en la regulación mencionada y son obligatorios. De otra manera sería difícil dilucidar cómo se podría controlar y vigilar la regularidad y conveniencia de los términos en que comprometen las partes en un contrato de procura gubernamental, si se permitiera la suscripción de todo tipo de contratos, sin otro límite que la imaginación de los contratantes. La obligatoriedad de los tipos de contratos regulados expresamente en la legislación de procura gubernamental, en el ámbito de la regulación federal, permite salvaguardar la seguridad nacional y la retención del control del poder soberano en los Estados Unidos.

En el ámbito nacional, los contratos cuasi innominados, pomposamente conocidos con el equívoco término de “llave en mano” son mencionados en un número de la revista publicada por un órgano denominado Gerencia Jurídica de Pemex, llamada *Pemex Lex*, correspondiente al número 55-56, enero-febrero de 1993, así como por la Cámara Nacional de la Industria de la Construcción, por José Alfredo Llamas Carrasco, el autor de un artículo y una tesis profesional sobre el tema.⁶ El autor del referi-

⁶ Llamas Carrasco, José Antonio *et al.*, “Los proyectos integrales *llave en mano* en el Consejo de la Judicatura Federal”, *op. cit.*, nota 1, pp. 92 y 93.

do artículo, que ha tenido la atingencia y oportunidad para escribir sobre el tema, concluye que se trata de una modalidad de los contratos de precio alzado. Además de la útil referencia citada, las otras dos referencias de derecho positivo, así sea diversas y equívocas, se incluyen en el inciso tercero del artículo tres de la Ley de Obras Públicas federal, que dispone:

Artículo 3... Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

...

III. Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología.

Por su parte, el Reglamento de la Ley dispone en su artículo 199: “Las dependencias y entidades que requieran de proyectos integrales o llave en mano, preferentemente celebrarán contratos mixtos”.

La otra referencia normativa de orden positivo en el nivel legislativo está contenida en el Tratado de Libre Comercio (TLC), donde el capítulo X, en su artículo 1001.2b, conceptúa al proyecto integral mayor como un proyecto de construcción, suministro o instalación, en el que el contratista principal tiene la facultad de seleccionar a los contratistas generales o subcontratistas generales o subcontratistas; ni el gobierno de México ni sus entidades contratantes lo fondean; y la instalación es operada por una entidad o a través de un contrato de compra que celebra la misma. Afortunadamente, no se utiliza el anglicismo, mal traducido, de “llave en mano”, pero la referencia no es muy explícita, a pesar de tener el rango de una ley emanada de la ley fundamental, conforme el artículo 133 de la propia Constitución, confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁷

⁷ *Ibidem*, pp. 94 y ss.

La formulación ambigua y escueta que hacen las normas vigentes de los contratos comprendidos en tipos como el de proyectos integrales o como el de “llave en mano” dista de ser suficientemente explícita y específica, por lo que puede ser que tales tipos de contratos se utilicen como un comodín para suscribir cualquier tipo de obligación en materia de obra pública. Muy posiblemente, a pesar de su origen dudoso y su formulación confusa, los tipos enunciados sean una salida poco ortodoxa, pero práctica frente a la cerrazón y obsolescencia de la legislación federal. Sin embargo, en el ámbito de la energía, reservado al Estado, donde es crítico que el mismo no pierda el control de la producción, transporte y distribución, ni la posesión y disposición del producto, antes de la venta de primera mano, una forma contractual tan abierta y nebulosa podría permitir que lo anterior sucediera, sin que la transgresión al régimen de excepción y exclusión de particulares fuera detectable y remediable.

La reforma que resultó de la iniciativa que presentó el presidente, especialmente por lo que hace al régimen interno y privativo que se autorizó para Pemex, puede encontrar una salida idónea y menos riesgosa, dejando el contrato de proyecto integral a otros sectores donde no se prescribe el régimen de excepción y la exclusión de particulares por el artículo 27 de la Constitución. La reforma se propone otorgar un régimen de excepción a las normas en materia de obras públicas, conforme a principios generales que le permita a Pemex expedir su propia regulación, a través del Consejo de Administración, con las modalidades idóneas para las obras de infraestructura productiva en el sector de los hidrocarburos, como ya sucede en el Brasil, en el caso de Petrobras, indiscutiblemente la compañía estatal más exitosa de los países en desarrollo.

III. EL CONTROL Y LA SUPERVISIÓN DE LA OBRA PÚBLICA

En la actualidad, la procura gubernamental se ha convertido en un tema central para el derecho administrativo moderno, y en un instrumento privilegiado para el desarrollo de políticas públi-

cas, tendentes a propulsar el desarrollo de la economía y reducir el desempleo. Paradójicamente en México y especialmente en el ámbito federal el legislador y el gobierno, alarmados por la incontenible ola de inmoralidad e impunidad que azota a la administración pública, enfocan el tema de la procura gubernamental privilegiadamente como si se tratara de un tema de moralidad pública, con la obsesión de poner cada vez más llaves y candados, pensando que la corrupción es la única fuente de ineficiencia, dilapidación y distorsión en la asignación y aprovechamiento de recursos. Consecuentemente, cada reforma que se ha ensayado introduce nuevas llaves y candados, maniatando y obstaculizando cada vez más al verdadero responsable de las acciones de procura, el funcionario especializado que está al frente de la administración que requiere el bien o servicio. Aparentemente, no parece haber consciencia de que la mayor garantía de óptima operación de los controles burocráticos está en la independencia y capacidad del funcionario controlador, no en la sustitución del controlado por el controlador, en la calidad y no en la cantidad de los controles y en la enfatización del control de resultados y no del de procedimientos.

En particular, en el sector de la infraestructura pública es donde más visible ha resultado la falta de idoneidad de los esquemas y de las personas a quienes son confiadas las tareas de control. En primer término, la esencia misma del control consiste en su calidad como acción imparcial y externa con respecto del acto sujeto a control. En nuestro sistema de fiscalización se ha seguido la política excepcional e ineficaz de mantener la fiscalización como parte del sistema de operación que es fiscalizado. Desde sus orígenes, en un periodo de menos transparencia y mayor autoritarismo burocrático, la fiscalización se entregó a una dependencia del Ejecutivo, de libre nombramiento y remoción por el mismo, a la que se denominó como Contraloría. En un intento de imitación extra lógica de los sistemas de contralorías independientes y apartidistas que existían en otros países. Sin embargo, al trasladarse a nuestro orden normativo se le emasculó y neutra-

lizó, para paradójicamente convertirla en otra dependencia más del Ejecutivo: la Secretaría de la Contraloría, una *contradictio in adjectio* o en un autocontrol redundante de la administración pública federal.

En el sistema presidencial reforzado, en tránsito de desaparecer, se enfatizaron las funciones del Ejecutivo y se matizaron las funciones de control que ejercen sobre él los otros poderes. En el modelo original del sistema presidencial norteamericano, el nombramiento de los secretarios de Estado se hace con el consejo y la aprobación del Senado *advice and consent*, pero en México han sido de libre nombramiento y remoción por parte del presidente de la República. La contradicción salta a la vista, porque en otros países donde existen las contralorías, se trata de órganos que no dependen del Poder Ejecutivo, ni los titulares que ejercen el control son de libre nombramiento por el mismo. El observador imparcial orillado a imaginar una posible explicación a la peculiar singularidad del control en México —dado que es a los servidores inmorales del Poder Ejecutivo a quienes se denuncia repetidamente en los medios masivos de comunicación como lo prevaricadores— no se puede descartar la hipótesis de que el esquema es inadecuado, que fue diseñado por expertos poco ingenuos, para que sea utilizado como cobertura, con respecto de sus verdaderos propósitos: disfrutar del blindaje que otorga la impunidad.

La introducción de la Auditoría Superior de la Federación como dependencia de una de las cámaras integrantes del Congreso de la Unión ha mejorado notablemente el problema de la supervisión y fiscalización en materia de procura gubernamental, ya que al depender de la Cámara de Diputados, logra la indispensable independencia del Poder Ejecutivo, al grado de hacer ver como redundante al control ejercido por la actual Secretaría de la Función Pública, por lo que hace a las funciones de fiscalización. La Auditoría Superior de la Federación tampoco es en estricto sentido una Contraloría o un Tribunal de Cuentas, ya que está pensada como un instrumento de la Comisión correspondiente y sustituyó a la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara.

Antes de que se produjera la alternancia política en 2000, ya se había replanteado la función de la Contraloría, agregando otras funciones que permitieron variar su giro, con la creación de la Secretaría de la Contraloría y de Desarrollo Administrativo (Secodam), para darle un nuevo rostro al incluir funciones de diversa índole que apuntaban a un mayor ámbito de acción, en dirección a la reforma administrativa. En el ámbito de la fiscalización y ante subsiguiente creación y posterior supresión de la Secretaría de Programación y Presupuesto, en el sexenio del presidente Salinas, el nuevo giro que se le dio consistió en ampliar la supervisión y fiscalización; otorgándole una especie de control de gestión, ignorando que sin una perspectiva interdisciplinaria, sus funcionarios no tendrían el bagaje técnico o la experiencia para hacer evaluar la oportunidad y conveniencia de las funciones sometidas a su control, en cada una de las múltiples y disímbo-las áreas que comprende la administración pública federal, en un país con una amplia y prolongada tradición de intervención del Estado en la economía y de administración directa en esferas estratégicas de la producción, como por ejemplo en materia de energía, en todas sus formas, en la producción de hidrocarburos específicamente.

En la realidad, al carecer de los conocimientos y la experiencia necesaria para hacer un control de gestión que pudiera evaluar la conveniencia y oportunidad de las decisiones que se tomaban en áreas súper especializadas, los controladores, tras repetidas experiencias fallidas, terminaron por demostrar el no producir mejores resultados que las decisiones de los especialistas, a quienes pretendieron sustituir. Además, los controladores tuvieron que contender contra los funcionarios controlados, en recursos administrativos que los últimos interponían ante el Tribunal de Justicia Administrativa y Fiscal o ante el Poder Judicial Federal, con resultados que no favorecían a los controladores y donde tangencialmente se evaluó la competencia y legalidad o incluso constitucionalidad de sus atribuciones, lo que les indujo a reflexionar y repensar sus funciones, disminuyendo sensible-

mente la virulencia y amplitud de sus observaciones y la frecuencia y severidad de sus sanciones.

Naturalmente, los fiscalizadores no han cejado un ápice en su celo controlador y en la actualidad continúan enfocándose en un control con más énfasis en aspectos procedimentales. Es precisamente en este punto que viene a cuento la obsolescencia de las leyes de procura gubernamental en México y su falta de idoneidad para supervisar las obras de infraestructura pública. Por ejemplo, los plazos o los tipos de contratos con precios fijos que se emplean en la legislación no son pensados para las obras complejas y por ello, siempre ofrecen un blanco fácil a los quisquillosos fiscalizadores que se permiten la libertad de hostigar a los funcionarios responsables con objeciones insustanciales, que lejos de prevenir alguna práctica nociva o incluso delictiva, se reducen a abrumarlos y a dificultar el normal desempeño de sus funciones en forma eficaz y oportuna.

IV. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Las figuras e instrumentos normativos utilizados en la regulación de la relaciones entre los proveedores y los consumidores de bienes y servicios públicos o a cargo del Estado, incluyendo la energía, se ubican en un continuo *desarrollo* que comenzaría con los sistemas en que, a través de contratos privados libremente se determinen el precio y el objeto, sin la intervención de entidades gubernamentales. En este caso, como en los contratos clásicos, las partes se encontrarían en una relativa posición de igualdad, ya que poseerían un conocimiento razonable de las condiciones del mercado y del objeto materia del contrato, es decir, habría un libre juego de las fuerzas del mercado y un compromiso claro y específico de las obligaciones asumidos en el contrato y de sus consecuencias previsibles. Por ello, la doctrina tradicional generó la ficción de que el Estado podía tener la personalidad de

un particular cuando concurría con particulares a la suscripción de contratos cuyo objeto inmediato no fuera la prestación de un servicio público.

La prestación de servicios o la provisión de bienes por el Estado, dentro del marco normativo de un régimen de contratos clásicos, como los que se suscriben entre particulares, está lejos de ser la regla en el mundo y no se utiliza actualmente en nuestro país, en la procura gubernamental y menos en el ámbito de la energía. Sin embargo, donde existe tal régimen se requeriría contar con los elementos y condiciones que hagan posible la operación ideal de los contratos clásicos. En México, el liberalismo se alcanzó su cenit con el Código Minero de 1884, que reconoció plenamente el derecho del propietario superficiario sobre el subsuelo, mientras que la Ley de julio de 1884, en su artículo 4o., le otorgó la libertad para explotar los hidrocarburos, sin necesidad siquiera de concesión. Con el nuevo siglo, el péndulo comenzó a gravitar nuevamente hacia la intervención del Estado; la Ley del Petróleo de 24 de diciembre de 1901 reintrodujo el permiso de exploración y la patente de explotación, aunque admitió y prologó el régimen de exención fiscal que tantos problemas le ocasionaría al gobierno.⁸

En un segundo término se encontrarían los sistemas donde los contratos llamados concesión y otros actos bilaterales similares con particulares, que fueron grandemente favorecidos durante el final del siglo XIX y el principio del siglo XX. La ventaja que ofrecían con mayor claridad es la de que al Estado decimonónico, carente de suficientes recursos y capacidad para intervenir en las obras de infraestructura, fuera y dentro del ámbito de la energía, le resultaba atractivo poder desentenderse de un servicio público o de una actividad productiva, que de otra manera correría el riesgo de prestar y de contender con cientos o miles de contra-

⁸ Zenteno Barrios, Javier, “La regulación de los hidrocarburos en México”, *Regulación del sector energético*, México, UNAM-Secretaría de Energía, 1997, pp. 80 y ss.

tos con particulares, por ejemplo en el ámbito del servicio de la energía eléctrica, la desventaja para los gobiernos es que pierden la posesión y disposición de los recursos, por ejemplo, en el caso del petróleo y de otros hidrocarburos, el concesionario extrae y comercializa el producto por su cuenta, pagando las regalías pactadas y/o un derecho o impuesto acorde con la cantidad extraída. Sin embargo, los contratos que suscribe el concesionario de un servicio público con los usuarios estarían sujetos a condiciones preestablecidas por un contrato de adhesión que no se negocia libremente en cada caso.

Obviamente, en el caso de los hidrocarburos, los consumidores finales estarían a merced de la posición dominante de mercado que tendrían los productores y distribuidores concesionarios o del poder monopólico de una empresa estatal. Este último fue el caso de nuestro país de 1901 hasta la expropiación de la industria petrolera en México en 1938, misma que fue precedida por el giro que imprimió al régimen del subsuelo la Constitución de 1917, cuyo artículo 27 reivindicó para el Estado el dominio eminente del subsuelo y de sus recursos, que le correspondieron bajo el régimen colonial, como derechos de la Corona, apartándose de la regulación mercantil y minera liberal que en forma efímera estableció el derecho del propietario superficiario sobre los recursos del subsuelo, a finales del siglo XIX.

En tercer término estarían los contratos de suministro, a cargo de particulares permisionarios cuyos lineamientos generales se regularan por normas especiales que emitía el Estado. Después de la reforma constitucional del párrafo sexto del artículo 27 constitucional, en 1960, cuyo texto prohibió las concesiones y otros contratos similares, remitiendo a la Ley Reglamentaria del mismo, en materia de hidrocarburos, donde únicamente se permiten los contratos de servicios, con exclusión de los de participación o de riesgo. Hasta antes de la reforma de noviembre de 2008, los lineamientos generales para los contratos de obras se regulaban por la Ley de Obras, en el ámbito federal, el lo sucesivo, lo serán por la normatividad interna que emita el Consejo de

Administración de Pemex. Aun cuando las condiciones específicas pueden establecerse en cada caso, a través de procedimientos como la licitación pública u otros como la invitación restringida o la asignación directa.

Los contratos de obras o de suministro por medios de los que las compañías públicas convengan con las empresas privadas que les proporcionen servicios, suministren equipo o construyan obras de infraestructura productiva, en los países en que no exista un régimen especial para tales contratos pueden subsumirse o asimilarse al régimen de los que se suscriben bajo la legislación común, por lo que estarían dentro la misma categoría de contratos entre particulares. Lo anterior no es una ocurrencia común ya que lo usual es que se suscriban contratos administrativos, como tendencia dominante, por lo que los que no estén este caso podrían estar en una situación de excepción y/o de transición con respecto de la adopción del régimen aplicable a los contratos administrativos.

La procura gubernamental que se realiza entre el Estado y los particulares, mediante un modelo de contrato administrativo cercano al de los contratos clásicos, implica riesgos similares, como el posible incumplimiento por el oportunismo de la parte para la que pueda ser más redituable dejar de cumplir con el contrato, así como cuando por sobrevenir condiciones imprevistas que dificulten su cumplimiento o lo hagan tan oneroso para una de las partes, que se vea obligada a solicitar su renegociación, para no caer en incumplimiento. En este supuesto, la solución del conflicto se puede facilitar mediante la previsión de mecanismos para renegociar el contrato; así como previendo instancias de arbitraje que puedan conciliar a las partes o proponer los términos para un compromiso o transacción. Finalmente, los conflictos que surjan de la interpretación o cumplimiento del contrato, dependen de la existencia de un sistema judicial eficaz y eficiente, que resuelva con honestidad, coherencia y en forma expedita los conflictos contractuales.

Actualmente, aún en el caso de la explotación directa del Estado y la consiguiente exclusión de particulares, las empresas paraesta-

tales requieren de bienes y servicios que les proporcionan las empresas particulares. Los contratos de procura gubernamental están regulados por el derecho administrativo, a través de un régimen privativo distinto al derecho privado, por lo que aun cuando las partes conserven un cierto grado de libertad y considerablemente mayor igualdad que cuando los individuos son la contraparte contractual del Estado, nunca podrían tener el grado de autonomía de la voluntad de que gozan los contratantes en el derecho privado.

V. LA TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE PROCURA GUBERNAMENTAL

Las leyes de procura gubernamental no han sido actualizadas en las últimas décadas y especialmente en materia de tipología de contratos. Recientemente se hicieron modificaciones, pero han sido insuficientes, pues mayormente sólo permiten la combinación de los dos tipos de contratos que tradicionalmente se han aceptado, los de precio fijo y los de precio alzado. El tipo de contratos es importante porque permite tener certeza sobre los derechos y obligaciones que asumen las partes y principalmente el Estado. La certidumbre en los contratos de procura gubernamental y en especial tratándose de los de infraestructura pública es crucial para la administración pública y las finanzas públicas, porque el Estado no debe perder nunca el control de los recursos de la nación.

Los primeros contratos de procura gubernamental diferentes de los tipos originales de precio alzado y precio unitario, en sus modalidades de precio fijo inamovible y precio fijo modificable, fueron los contratos de costos, introducidos en la Primera Guerra Mundial, que después de ser ajustados, como resultado de su operación y resultados en la práctica, fueron modificados y sus deficiencias superadas durante la Segunda Guerra Mundial. Los demás tipos específicos de contratos de procura gubernamental se refieren a actividades específicas como los de investigación, de proyectos y de construcción, en todas sus modalidades y subtipos, mismos que serán objeto de análisis a continuación.

Por lo que se refiere a la exploración y extracción de hidrocarburos, los contratos correspondientes básicamente se dividen en el tipo de la concesión —el original y más usado en el pasado—, así como las dos grandes vertientes modernas de los contratos de servicios: los contratos de producción compartida y los de riesgos, compartidos o no. A los anteriores se les agregan otras clasificaciones especiales como las de los instrumentos contractuales llamados *joint venture* y los de “asistencia técnica” para la extracción secundaria en pozos maduros. Es importante subrayar que este último tipo de contratos, excepto los de *joint venture*, únicamente se utilizan en el subsector de la exploración y la extracción de hidrocarburos, por lo que no se emplean en ningún otro sector de la industria ya se trate de refinación, almacenamiento, transporte y distribución o de la industria petroquímica. Ninguno de los que se menciona es usado en nuestro país.

En la raquítica y obsoleta tipología contractual que incluye la legislación federal, existen dos ejemplos que pueden representar las dificultades que conlleva. En primer lugar, habría que insistir en que la estrechez que ofrecen los dos tipos actuales de contratos de precio fijo y de precio alzado, se ven agravados por principios como el de anualidad, que no debería aplicarse a los contratos de infraestructura debido a que es casi imposible que tengan una vigencia de sólo un año, sino que su duración se prolonga por varios como en el caso de la construcción de ferrocarriles, carreteras, puertos, presas y en general de las instalaciones del sector de energía, como las plataformas petroleras, las refinerías de combustible o las macro plantas generadoras de electricidad.

En la mayoría de los casos que atañen a los contratos de infraestructura es difícil que puedan calcularse con exactitud los precios, por lo que es necesario actualizarlos una o varias veces, durante su desarrollo. Asimismo, suele suceder que sea necesario o conveniente cambiar la tecnología o la especificación del equipo, especialmente cuando se trata de instalaciones que utilizan tecnología de punta, por ejemplo, como es el caso de las plataformas de perforación submarina.

Recientemente, en la normatividad federal se ha tratado de remediar el problema que presentan los convenios modificatorios, para cambiar los términos de los contratos y en especial por lo que concierne a los precios de algunos insumos, por ejemplo, los de metales. No obstante, no ha sido suficiente con las reformas a la Ley, ya que si se adaptaran los tipos de contratos existentes en otros países, los precios podrían ser modificados periódicamente o los contratos podrían basarse en el reembolso de los costos del contratista y un estímulo o ganancia, en vez de referirse únicamente a los precios.

Actualmente, cuando es necesario actualizar los precios o revisar otros conceptos, es preciso renegociar y suscribir un convenio modificatorio, a través de un proceso que puede ser largo y desgastante. En caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo, las consecuencias para ambas pueden ser onerosas, ya que la afectación puede ser no únicamente en términos económicos, sino que pueden empañar seriamente la imagen de las partes, demeritando su percepción dentro de la industria, en detrimento de su capacidad para generar confianza y posicionarse en el mercado.

En México, las empresas paraestatales presentan un mayor índice de litigios, por la inflexibilidad que suponen los esquemas de precios y condiciones, así como la dificultad para renegociarlos. Los mecanismos de resolución extrajudicial, tanto autocompositivos como arbitrales, no han podido solucionar el problema de fondo, que supone necesariamente modificar o ampliar la tipología contractual vigente y allanar los obstáculos para actualizar los precios y otras condiciones.

La visión infundadamente optimista que pretende que con las formas de contratación que consagra la legislación federal vigente se pueden obtener las mejores condiciones es errónea y se sustenta en la escasa información existente sobre el derecho comparado. Por ejemplo, cuando los contratistas asumen singularmente los riesgos que implica no poder modificar los precios convenidos, lo que sucede en la práctica es que los precios repercuten al

contratante, ya que en vez de contar con disposiciones flexibles que puedan explicitar sus costos reales e invariables, aprovechan las ventajas que le ofrece un mercado imperfecto, poco competitivo, o incluso cartelizado, proponen un precio en el que esté encubierto el costo del riesgo que se pudieran ver obligados a asumir, a través de un sobreprecio, por lo que el gobierno tiene que pagar incondicional y automáticamente por un riesgo que pudiera no actualizarse, pero que invariablemente impacta sus costos y consecuentemente los del consumidor de los bienes y servicios que le vende.

VI. LOS TIPOS DE CONTRATOS DE PROCURA GUBERNAMENTAL

En el ámbito de los contratos de procura fuera de nuestro país, los instrumentos contractuales se han diversificado para adaptarse a diferentes problemas y situaciones, lo que ha redundado en una gran variedad de tipos, a continuación se mencionan los más comunes.

1. *Los contratos de costos*

A. *El contrato de costos puro*

En el que el reembolso de los costos que previamente son convenidos, no incluye ninguna otra prestación adicional y usualmente se utilizan cuando el contratista es una institución sin fines de lucro, como puede ser el caso de una institución pública de investigación o educación o un fondo establecido para propósitos humanitarios.

B. *El contrato de costos compartidos*

Es un contrato de reembolso de gastos en el que el contratista no recibe ninguna prestación adicional y el reembolso de los costos

es parcial. En este tipo de contratos el contratista acepta absorber una porción de los costos con la expectativa de recibir beneficios sustanciales a la terminación del contrato, que no se subsumen en la prestación económica directa, sino en expectativas relacionadas indirectamente con el contrato, que pueden ser ventajas comerciales eventuales que sea difícil cuantificar en forma exacta.

C. El contrato de costos más una prestación fija

Es el más usado de los de contratos y prevé el pago de una prestación fija por parte del contratante, además de los costos objeto de negociación, cuyo reembolso recibe el contratista. La prestación adicional se establece desde la suscripción del contrato y no varía con relación al monto de los costos. Sin embargo, la prestación en cuestión puede ajustarse como resultado de cambios durante el curso de los trabajos que están a cargo del contratista. Este tipo de contrato se utiliza cuando el riesgo implícito en el objeto del mismo puede ser muy elevado para el contratista, por lo que se evita que se genere un sobreprecio en la industria, que implica una mayor erogación para el gobierno contratante, situación que es particularmente frecuente en los mercados imperfectos o cartelizados; por ejemplo, cuando se utilice tecnología de punta. Particularmente, este tipo de contratos se utiliza en el ámbito de los proyectos de desarrollo, investigación o exploración, cuando no es posible fijar con certidumbre el monto final o determinar en forma precisa la magnitud de la obra que se emprenda, por la complejidad de la misma o por la obsolescencia de la tecnología que se utilice en el momento de la adjudicación del contratos de obra.

2. Los contratos incentivados

Son el último tipo de contratos de costos y al propio tiempo constituyen el último subtipo de los contratos genéricos. Los

contratos incentivados incluyen metas predeterminadas en materia de costos y prestaciones a favor del contratista, así como una fórmula preestablecida para el ajuste de la prestación principal objeto del contrato o de las ganancias obtenidas, según sea el caso. Así mismo, se prevé un techo para el precio global o un rango para la prestación a cargo del contratante que se ajustan en función de los costos proyectados. Por lo que en ellos usualmente se incluye un mecanismo compensatorio para el caso de que los costos que excedan lo previsto se compensen contra la prestación y viceversa.

En este contrato se pueden establecer criterios específicos para determinar el nivel del cumplimiento con respecto de las metas fijadas, dentro de los que se pueden incluir elementos intangibles, como la eficiencia, y otros tangibles, como las propiedades estructurales de las construcciones, por ejemplo, que permitan resistir temperaturas, impactos u otro tipo de fenómenos y siniestros; asimismo se pueden introducir criterios referidos a la forma y tiempo de cumplimiento. Finalmente, los incentivos establecidos, por referirse a diversos extremos, pueden establecer mecanismos de compensación entre los distintos estímulos previstos dentro del mismo. Los contratos de incentivos incluyen diversos tipos. Se mencionarán a continuación los más frecuentes:

A. El contrato de precio fijo con incentivos

Es una variedad del de precio fijo, en el que se prevé un ajuste en la ganancia del contratista respecto del precio contratado aplicando una fórmula basada en la relación entre el costo final negociado y el costo objetivo fijado, con un tope que también se negocia dentro del contrato. Este tipo de contrato se utiliza cuando el precio fijo incluido en el contrato se considera difícil de mantener debido a probables fluctuaciones en los precios de la materia prima o de los servicios que deba adquirir, a su vez, el contratista. Otra variante del contrato incentivado de precio fijo es aquella en que se pueden establecer diferentes metas: las metas iniciales

se pueden ajustar conforme a fórmulas que se aplican de acuerdo con lineamientos preestablecidos, por lo que hace a los niveles de cumplimiento con topes igualmente negociados por anticipado.

B. El contrato de precio fijo con bono de desempeño

Este tipo de contratos se utiliza cuando el gobierno contratante precisa de motivar al contratista y los incentivos normales no pueden utilizarse, porque no existe un método para medir objetivamente el desempeño del contratista. Estos contratos, además del precio fijo, que incluye una ganancia razonable del contratista, éste se puede hacer acreedor a un bono por un desempeño excepcional.

3. Contratos especiales para obras

Finalmente, el último género de las nuevas tipologías de contratos incluyen los contratos que son clasificados en función de la metodología que se utilice en relación con la secuencia de las distintas etapas del contrato, dentro de los que se incluyen los más comunes a continuación:

A. Contrato de diseño, licitación y construcción

En este tipo de contratos la preselección y la revisión de los proyectos y diseños es inherente a su desarrollo, ya que la fase relacionada con el diseño debe completarse en forma independiente, antes de iniciar la de la construcción; de tal manera que la licitación para la fase de la construcción es independiente de la fase de diseño y proyecto.

B. Contrato de diseño y construcción

La diferencia crítica que distingue a este tipo de contrato de los de diseño, licitación y construcción, consiste en que general-

mente el diseñador puede ser igualmente responsable por la construcción. Este tipo de contratos se adjudican típicamente a través de dos fases: en la primera los prospectos de contratistas pueden someter diseños detallados e información sobre precios. Una vez hecho esto, el gobierno procede a seleccionar a los prospectos de contratistas basándose en la calificación técnica más que en el precio, de manera que sea posible seleccionar sólo a los candidatos que reúnan las calificaciones más altas en materia de calidad. En la segunda fase la selección combina factores de precio y calidad, para obtener las mejores condiciones para el Estado.

C. Contrato de administración de la construcción

En este tipo de contratos se utiliza un tipo de metodología de procura gubernamental que supone la intervención de un “administrador de la construcción” con la función de administrar las fases de diseño y construcción, así como el control de costos. El administrador de la construcción es una empresa acreditada en el ramo que se hace responsable de la selección de los contratistas que realizan la obra, así como del control de la calidad durante la construcción. Dentro de este tipo de contratos existen dos subtipos dependiendo de que la responsabilidad y el riesgo de la construcción sean asumidos por la compañía administradora o permanezca a cargo del gobierno.

D. Contratos integrados de diseño, licitación y construcción, con sistemas de entrega

En este tipo de contratos tanto los contratistas de diseño como los de construcción deben someter estimaciones de costos de construcción y deben interactuar bajo la supervisión del gobierno. Debido a que tanto diseñadores como constructores están incluidos en el contrato, el gobierno se reserva la facultad para resolver las diferencias entre los contratistas constructores y los diseñadores,

así como el derecho a ajustar la meta y el tope de los precios y la decisión de mantener los precios anteriormente establecidos.

E. Contrato de entrega indefinida

En este tipo de contratos, que pueden ser de obra o de suministro, el gobierno contratante se compromete a adquirir bienes o servicios a través de una orden de entrega de bienes o requisición de servicios, previamente convenidos, por medio de una orden concreta de ejecución. Este tipo de contratos se utiliza cuando el momento de entrega, el tipo o la cantidad de los servicios y los bienes, no se precisa, en forma específica, en el momento de la adjudicación de los contratos de procura gubernamental. En estos contratos se establecen condiciones previas que incluyen costos y precios determinados para una cantidad mínima, igualmente determinada, de bienes o de servicios. En el contrato se establece el mínimo de bienes o servicios que se requerirán y el mecanismo contractual para incrementar la cantidad de bienes y servicios que se pueden llegar a requerir.

VII. INNOVACIONES EN MATERIA DE PROCURA GUBERNAMENTAL

En el Cono Sur existen instituciones que de ser adaptadas a nuestro sistema vendrían a constituir otra línea de innovación en materia de procura gubernamental. En Argentina y Chile se han producido importantes avances, que prevén la creación de órganos especializados para la tramitación y procesamiento de procedimientos de procura gubernamental, particularmente en el ámbito de la infraestructura pública, así como la facilitación de las adaptaciones y modificaciones en los contratos de infraestructura. Ello se debe a que actualmente se visualiza a la procura gubernamental, particularmente en el ámbito de la infraestructura, como una de las más efectivas políticas de desarrollo de las modernas esferas de actividades económicas de servicios e industriales.

Uno de los problemas más señalados de nuestra obsoleta y disfuncional legislación en materia de contratos de obra pública es la dificultad para adaptarlos a los innumerables factores que se transforman y modifican en el lapso en que se desarrollan los contratos de obras que se prolongan por años e incluso por lustros. En Argentina se ha desarrollado doctrinal y legislativamente el llamado “principio de mutabilidad”. En principio, en todo contrato administrativo la administración pública tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando su ejecución y variando las prestaciones debidas. Particularmente, en contrato de concesión de servicios públicos la potestad modificatoria de la administración es indispensable, con el propósito de asegurar que se cumpla con las exigencias que plantee el interés general, ya que durante el prolongado periodo de ejecución es corriente que varíen las condiciones de hecho y en especial las técnicas. Incluso, pueden presentarse alteraciones en las modalidades y el alcance del interés público, a tal grado que algunas previsiones del contrato pueden llegar a ser contrarias a las nuevas modalidades que asuma el interés público y, por tanto, inadmisibles, sin que lleguen a ser tan radicales que impliquen una modificación del objeto del contrato o su incumplimiento. En realidad el origen de la interpretación se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, contenido en las sentencia del caso *Compagnie Générale des Tramways*.⁹

Con respecto de los contratos de obra pública en materia de mutabilidad se ha formulado la “teoría de la imprevisión”, que implica la alteración del plan de trabajos previstos originalmente, que siendo indispensables para la prosecución o conclusión de la obra, deben ser ejecutados como consecuencia de hechos, condiciones o circunstancias que hayan podido ser razonablemente previstas por las partes. En estos casos, el contratista está obligado a realizar los trabajos imprevistos, teniendo el derecho

⁹ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 733 y 734.

a ser resarcido en sus gastos, por un aumento en el precio y en el plazo del contrato suscrito originalmente.¹⁰

En la legislación y la doctrina de Chile también se ha desarrollado la “teoría de la imprevisión” en materia de contratos administrativos, misma que consiste en la necesidad de asegurar la continuidad de la prestación del servicio de interés público o en la ejecución de la cosa pública que beneficiará a la comunidad. En este caso se requiere de un sacrificio compartido entre las partes, la necesidad de buscar una vía intermedia que permita conservar el contrato, aunque sea reajustándolo, para evitar llevarlo a una situación que sea innecesariamente gravosa tanto para la administración como para el particular. Claudio Moraga incluye una ilustrativa cita de Jorge Sarmiento García, para ejemplificar la ventaja que ofrece la teoría de la imprevisión: según el autor, la abrupta terminación de la obra por modificaciones inevitables e incluso benéficas podría llevar al concesionario a la ruina y a la administración no le reportaría beneficio alguno la sustitución del contratista a media obra, ya que se vería ante la disyuntiva de proporcionar el servicio directamente o a otorgar una nueva concesión y en cualquiera de las alternativas debieran tenerse en cuenta los factores económicos que encarezcan el servicio.¹¹ Además, Claudio Moraga formula una afortunada concepción de la teoría:

La teoría de la imprevisión regula los casos que se producen durante el cumplimiento y ejecución de un contrato administrativo por hecho siempre extraordinarios y sobrevinientes a la celebración del contrato, que distorsionan significativamente la ecuación económica financiera prevista en el mismo. Esta teoría se emplea ante cir-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 760 y 761.

¹¹ Moraga Klenner, Claudio, “Eficacia contractual interpretación y fuerza legal del contrato”, en Pantoja Bauzá, Rolando, *Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 373 y 374.

cunstancias ajenas a la voluntad de las partes, que no pudieron ser previstas en el momento de perfeccionarse el contrato.¹²

El autor cita a Roberto Dromi para enunciar algunas de las causas que explican el cambio de condiciones que precisarían de la renegociación del contrato: *a)* causas monetarias, como la inflación, deflación, convertibilidad, estabilidad; *b)* causas de mercado, como la competencia desleal, el incremento de la población, la recesión; *c)* causas técnicas, como el avance tecnológico. A diferencia de otras figuras del derecho, la teoría de la imprevisión se diferencia del caso fortuito y la fuerza mayor, en que no produce la imposibilidad de cumplir con el contrato, simplemente aumenta el costo para su realización, sin excluirla. Los supuestos fácticos en que se sustenta la teoría de la imprevisión son:

- a) La existencia de un contrato administrativo en curso de ejecución.
- b) Un evento ajeno a la voluntad de las partes.
- c) La imprevisibilidad de un evento que conlleva el incremento de la onerosidad, es decir, un evento que es razonablemente imprevisible.
- d) La subsistencia de la posibilidad del cumplimiento del contrato.
- e) Un aumento considerable en las contraprestaciones derivables del contrato, que incluso pudiera ser ruinoso, si la lesión resulta desproporcionada para el contratista.
- f) La interrupción de la ejecución de la obras.

Doctrinalmente, las mutaciones se fundamentan en el principio del derecho que enuncia la máxima *rebus sic stantibus*, ya que la mutación de las condiciones haría imposible el cumplimiento del contrato sin su consiguiente modificación, en función de la mutación en las condiciones. La aceptación de la “teoría de la imprevisibilidad” ha sido aceptada ampliamente en el derecho

¹² *Ibidem*, pp. 371 y 375.

chileno; incluso, se ha hecho extensa al derecho civil, con fundamento en el artículo 2003, número 2, que autoriza al contratista o empresario para recurrir ante el juez con el propósito de que se decida si ha debido o no preverse el caso en la obra contratada y en consecuencia se convenga el aumento correspondiente en el precio.¹³ Finalmente, el fundamento jurídico más idóneo para sustentar la teoría de la imprevisión se encontraría en el artículo 19 de la LCOP, que dispone: “el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez...”.

La disposición en cuestión contiene los supuestos que harían procedente la solicitud de revisión del contrato, con fundamento en la teoría de la imprevisibilidad:

- 1) Únicamente le corresponde la iniciativa al contratista.
- 2) Solo procede por hechos supervinientes.
- 3) El hecho o la causa debe ser un evento real y cierto.
- 4) El hecho o causa debe afectar al solicitante en forma directa.
- 5) No requiere ser imprevisto o imprevisible.
- 6) La tipificación del evento y sus consecuencias no deben estar previstos, explícita y específicamente en el contrato.
- 7) El evento debe ser irresistible, en cuanto a la magnitud de sus efectos y la prolongación de los mismos.
- 8) Las bases de licitación deben establecer la forma y el plazo en que el concesionario puede solicitar en su favor la declaración de los hechos supervinientes. En caso de que las bases no lo contemplaran, la solicitud del contratista debe fundamentarse directamente en la Ley.

La existencia de órganos jurisdiccionales *ad hoc* también singulariza a los sistemas jurídicos del Cono Sur. En la Argentina del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación, la doctrina

¹³ *Ibidem*, pp. 375 y 376.

no es unánime en la determinación de su naturaleza. Para Fayt y Petracchi no constituye un tribunal arbitral, sino que es una instancia administrativa, ya que no se dan los dos elementos que caracterizarían al primero: la libre elección de uno los terceros y su imparcialidad; esto último en función de que dos de sus tres jueces son funcionarios públicos. Por lo que sus decisiones estarían sujetas al control judicial. Sin embargo, en los fallos Aion S. A. y en otro de E. N. Tel. se consideró que no cabe ningún recurso judicial en contra de las resoluciones del Tribunal en cuestión.¹⁴ Por lo que concierne al sistema chileno, su complejidad es mayor, el Tribunal de Contratación Pública se caracteriza como un tribunal de derecho y está integrado por tres jueces designados por el presidente de la República de ternas que integra la Corte Suprema, ya que forma parte de Poder Judicial, mientras que el apoyo que requiere es facilitado por la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas. La jurisdicción del mismo es restringida y procede contra decisiones de la Dirección mencionada, especialmente por lo que respecta a decisiones sobre la inscripción en el Registro Electrónico Oficial de Contratistas, contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos durante los procedimientos administrativos de contratación, tanto de autoridades como de particulares, así como respecto de actos de mero trámite que sean impugnables, respecto de la resolución final, y en algunos casos, procede la impugnación por controversias precontractuales.¹⁵

Por otra parte, existe la vía extrajurisdiccional, que incluye los acuerdos transaccionales en que interviene el Consejo de Defensa del Estado, que debe intervenir en el caso de un servicio público de un gobierno regional o de una entidad privada en que el Estado o sus organismos tengan participación o aporte, igualitario o mayoritario.¹⁶ Finalmente, se encuentran las Comisiones

¹⁴ Comadira y Escola, *op. cit.*, nota 9, pp. 773 y 774.

¹⁵ Moraga, K. Claudio, *op. cit.*, nota 11, pp. 396-399.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 400 y 401.

Conciliadoras que garantizan a las partes el conocimiento y la capacidad de apreciar los complejos problemas que puedan presentarse a consecuencia del desarrollo del contrato de concesión, integradas por tres profesionales universitarios designados por: el concesionario, el ministerio y un tercero por el común acuerdo de las partes. De no solucionarse la controversia en un plazo de 30 días, el concesionario puede pedir que se integre una comisión arbitral o recurrir a la Corte de Santiago. En el primer caso, la resolución de la comisión arbitral es definitiva y en el segundo cabe el recurso ante la Corte de Apelación.¹⁷

En México la eterna suspicacia que inmortalizó el neologismo “sospechoso” ha llevado al círculo vicioso provocado por privilegiar la resolución de la licitación a favor de la propuesta de menor precio, que prácticamente se resuelve en la fraudulenta maniobra de sostener inicialmente un precio incluso por debajo de costos, para después provocar un convenio modificatorio y que una vez adecuado el precio a la alta se permita al ganador de la licitación compensar sus pérdidas por operar por debajo del precio del mercado. La solución ha sido peor que el problema, porque el rigor de los funcionarios controladores ha llevado a un intrincado y draconiano proceso de gestión de convenios modificatorios, que aun en el supuesto de que fueran justificables, en algunos casos, en otros pueden no serlo, como en el caso de las complejas obras públicas de infraestructura productiva, multianuales e imprevisibles en su mutabilidad, donde la obstaculización ha llevado a controversias interminables en perjuicio de las obras y los servicios públicos, así como en detrimento de los fondos públicos afectados por costos arbitrales o litigiosos innecesarios y posiblemente evitables en un contexto reglamentario menos irracional y obsoleto.

Desafortunadamente, tampoco parece del todo convincente el excesivo celo de los funcionarios a cuyo cargo está la supervisión y vigilancia de la procura gubernamental, toda vez que

¹⁷ *Ibidem*, pp. 400 y ss.

en nuestro país no hay precedentes de acciones anticorrupción verdaderamente eficaces y ejemplares. Por ejemplo, en México usualmente las sanciones por incurrir en irregularidades en las licitaciones llevan a la cancelación del Registro de Proveedores; mientras que en Francia 21 empresas fueron sancionadas con 17 millones de euros por incurrir en actividades conducentes a prácticas de colusión en licitaciones. En la Inglaterra, en julio de 2005, The Office of Free Trade resolvió que seis contratistas habían conspirado en Escocia para mantener bajo el precio de una licitación, por medio de contubernio de propuestas. Mientras que el sector de la construcción concluyó que cerca de un millar de empresas estaban involucradas en prácticas irregulares en relación con un contrato de 500 millones de libras, durante un periodo anual anterior a diciembre de 2005.¹⁸

VIII. CONCLUSIÓN

La actualización de la regulación de procura gubernamental en México y en especial en el ámbito federal no se restringe a un prurito académico, ya que su obsolescencia se ha traducido en el incremento de los costos de las obras públicas y su correspondiente repercusión al ciudadano, tanto como consumidor como en su calidad de contribuyente. Asimismo, la ineficiente asignación de recursos que lo anterior implica, disminuye la eficacia de la administración pública, tanto local como federal, e imposibilita que la procura gubernamental se convierta en un valioso instrumento de desarrollo y en un detonador de la actividad asociada de particulares que produzcan bienes o presten servicios, para ampliar la capacidad de generar empleos.

¹⁸ Dimitri, Nicola *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 347 y 348.