

LA INEFICACIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Gabino Eduardo CASTREJÓN GARCÍA

SUMARIO: I. *Los contratos administrativos*. II. *Fuente constitucional*. III. *Requisitos de los contratos administrativos*. IV. *Forma de contratación*. V. *El procedimiento de conciliación*.

I. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El tema de los contratos administrativos siempre ha despertado inquietud entre los tratadistas e investigadores de la ciencia jurídica, en virtud de su naturaleza jurídica y el régimen de derecho público que les es aplicable, sobre todo que en este tipo de actos jurídicos se rompen ciertos esquemas tradicionales que devienen del derecho civil.

Los contratos administrativos los podemos definir como aquel acuerdo de voluntades que celebran por una parte un órgano de la administración pública competente y por la otra una persona física o una persona moral, ya sea privada o pública, que crea, modifica, reconoce y extingue derechos y obligaciones, cuyo objeto es la ejecución de obra pública, adquisiciones de bienes o servicios, en donde la relación del Estado con los particulares es de supra-subordinación, con facultades exorbitantes de aquel en el contenido del contrato.

II. FUENTE CONSTITUCIONAL

El artículo 134 de la Constitución general de la República contempla la fuente constitucional de los contratos administrativos, como la forma de

que la administración pública lleve a cabo la aplicación de recursos públicos. En efecto, dicho precepto señala:

Artículo 134. Los recursos económicos de que disponen el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficacia, eficiencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestados de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las menores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que se hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de los recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Del texto constitucional se desprenden diversos conceptos que desde nuestro punto de vista incurren en una problemática generalizada en el sistema jurídico administrativo, que es la falta de claridad de los mismos y, por tanto provocan subjetividad. En efecto, del primer párrafo se desprende que los recursos deberán ser administrados con eficiencia, eficacia y honradez, conceptos que se reproducen en las leyes reglamentarias de este precepto, pero que no señalan su alcance y significado, lo que desde luego permite subjetividad por parte de la administración pública, y hasta cierto punto discrecionalidad en la aplicación de recursos, sobre todo si se toma en cuenta que la propia disposición constitucional deja abierta la posibilidad de utilizar otras formas de contratación que no sea la licitación en términos de las leyes secundarias.

En el segundo párrafo, y aunque se habla de la contratación, deberá de realizarse, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones posibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad; se señala en forma

conjuntiva que también deben tomarse en cuenta las demás circunstancias pertinentes; la pregunta es: ¿qué debe entenderse por “demás circunstancias pertinentes”? Desde luego que se deja un amplio espacio de interpretación para dicha frase, no sólo para la administración pública, sino incluso para los proveedores, con lo cual se deja abierta la puerta para que se efectúe una contratación que no necesariamente cumpla con todos aquellos requisitos que nuestra carta magna señala para la buena aplicación de recursos públicos, lo que sentimos que es peligroso, ya que el alcance de una mala contratación implicaría definitivamente un daño patrimonial al Estado.

Por ello es importante que en las leyes reglamentarias de este precepto se establezcan con toda claridad los significados y alcances de los conceptos anteriormente mencionados, con objeto de evitar subjetividad y discrecionalidad, obteniendo certeza y seguridad jurídica tanto para la administración pública como para el particular.

III. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A través de nuestra experiencia profesional, académica y la obtenida a través de la investigación hemos considerado que los contratos administrativos deben tener como requisitos mínimos los siguientes:

1. El recurso económico, es decir, la partida presupuestal que va a ser afectada con el objeto del contrato. Este requisito lo basamos fundamentalmente en el artículo 126 de la Constitución general de la República, que señala: “No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior”. En otro orden de ideas, para la celebración de contratos deberá encontrarse la partida respectiva en el Presupuesto de Egresos de la Federación, facultad, ésta, en forma exclusiva de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; sin embargo podría existir la posibilidad de que se legislara en materia de egresos en forma posterior, inclusive durante el ejercicio fiscal correspondiente, en donde intervenirían tanto la Cámara de Diputados como la Cámara de Senadores, ya que por disposición constitucional los recursos que no se encuentren en el PEF deberán estar contenidos en la ley, que como es sabido, de acuerdo con el proceso de su creación deberán intervenir los dos órganos legislativos.

2. La causa generadora de la contratación, es decir, la necesidad de celebrar el contrato administrativo, cuyo objeto son fundamentalmente la ejecución de obra pública, las adquisiciones, arrendamientos y servicios del

sector público. Sobre este punto no podemos dejar de advertir que en la actividad de la administración pública se ha tomado una práctica que consideramos negativa para la buena aplicación de recursos. Ésta consiste en el hecho de que las dependencias y entidades de la administración pública tienen como regla general, e incluso podemos decir de carácter obligatorio, que por necesidad debe agotar los recursos que les fueron previamente asignados en el PEF, ya que consideran que en caso contrario, los recursos asignados y no ejercidos, que por ley deben ser sujetos a devolución, les perjudica para su siguiente ejercicio fiscal, ya que parten de la idea o temor fundado de que exista una disminución en la asignación de recursos, y es por ello que en muchas ocasiones prefieren efectuar el gasto sin que exista una verdadera necesidad para ello. En otro orden de ideas, no sólo se debe realizar el gasto, sino fundar y motivar debidamente la necesidad que se tiene para ello, ya que de lo contrario se estarían aplicando recursos públicos en forma innecesaria, tergiversando desde luego el sentido de la función del Estado.

3. Dentro del procedimiento de contratación se encuentra el aspecto relativo a las bases. En términos de ley éstas deben ser claras y precisas, con objeto de que no exista duda o posibles interpretaciones con relación al objeto del contrato. Este aspecto es de suma importancia ya que otorga seguridad y certeza jurídica tanto para la administración pública como para los proveedores, evitando futuros conflictos en relación a la interpretación, aplicación y cumplimiento de los contratos. Si bien existe el procedimiento de conciliación, que es el objeto primordial de esta ponencia, como lo veremos hasta cierto punto el mismo resulta ineficaz si no se llega a la celebración de un convenio entre las partes.

4. Transparencia en los procedimientos de contratación. Por la naturaleza y alcances de los contratos administrativos, que representan desde luego la debida aplicación de recursos públicos por parte del Estado, y por supuesto, la obtención de un lucro económico por parte de los proveedores, es importante que los procedimientos de contratación sean lo más transparente posible. Si bien es cierto que uno de los principios básicos dentro de la relación jurídico-administrativa entre el Estado y los gobernados es la buena fe, también lo es que la administración pública deberá preocuparse porque los procedimientos se encuentren estrictamente apegados a derecho; es decir, que la información, documentación y elementos adicionales que aporten los proveedores sean debidamente comprobados por la autoridad contratante, con objeto de evitar prácticas desleales o discriminatorias

que afecten la validez de un contrato. Uno de los aspectos en donde se deberá de tener especial atención es el referente a los instrumentos de constitución y acreditación de las personas morales participantes en un procedimiento de licitación, en donde en algunas ocasiones la autoridad no se percató de que en dos o más de las participantes existen los mismos accionistas, simulando evidentemente la acreditación de diferentes personas morales, pero que finalmente tienen un solo interés; ello sucede porque no necesariamente, como se nos ha indicado en algunos casos, la autoridad contratante tiene en su poder dichos instrumentos, ya que parte del principio de buena fe, lo que provoca que no se está en posibilidad de analizar los mismos. Como este ejemplo podemos dar algunos otros, que no vienen al caso, pero es importante que la Secretaría de la Función Pública, en el ámbito de sus funciones y competencia, establezca aquellos lineamientos necesarios para transparentar los procedimientos de contratación, sobre todo si se toma en cuenta que una de las características de los procedimientos administrativos es el de ser inquisitivo, es decir, que la autoridad administrativa tiene facultades para comprobar y verificar la documentación e información que le aporten los particulares en términos de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

5. Los contratos administrativos siempre estarán regulados por el derecho público, es decir que su clausulado deberá estar sujeto a las disposiciones de las leyes reglamentarias del artículo 134 de la Constitución general de la República.

IV. FORMAS DE CONTRATACIÓN

Como anotamos anteriormente, el artículo 134 de nuestra carta magna establece como regla genérica de contratación la licitación; sin embargo, remite a las leyes reglamentarias de dichos preceptos las de invitación a por lo menos tres participantes y a la adjudicación directa.

Es indiscutible que las formas de contratación a que hacemos referencia y que regulan las leyes reglamentarias son por excepción, es decir, que sólo podrán ser utilizadas cuando la licitación no cumpla con las características y proyecciones que para el Estado interesan.

Sin embargo, es claro advertir que dichas modalidades de contratación pueden ser gestadas por la ambigüedad en los requisitos mínimos a que hemos hecho alusión en puntos anteriores. Si bien es cierto que dichas moda-

lidades de contratación pueden efectuarse bajo la más estricta responsabilidad de la contratante, también lo es que mientras no exista un concepto claro y preciso de los requisitos para contratar, y sobre todo certeza y seguridad en lo que se refiere a la estricta responsabilidad para ello, se estará en un entorno de incertidumbre y falta de certeza jurídica.

Cuando nos referimos a la invitación nos queda indiscutiblemente una duda: ¿a quién invito y a cuántos invito? Es indudable que esta forma de contratación tiene síntomas de subjetividad y discrecionalidad. La palabra “invitación” significa convocar a quien desee el convocante; no tiene mayores límites que el deseo y el ánimo de que ciertas personas acudan a un evento, sin importar sus características o perfiles para ello.

Luego, para acudir a este sistema de contratación se requiere no sólo establecer que el sistema genérico de licitación no ha funcionado, sino que se funde y motive la causa originaria de acudir a la invitación, y sobre todo transparentar por qué se hizo la invitación a determinados proveedores. De lo contrario estaríamos en presencia de un abuso de poder por parte de la autoridad contratante.

Por último, la adjudicación directa es verdaderamente excepcional, ya que a pesar de las limitantes legales es la que generalmente se aplica en la administración pública. Ello obedece no a situaciones de corrupción, sino fundamentalmente de especialización, que con la experiencia profesional hemos denotado.

V. EL PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN

Una vez celebrado el contrato y durante su periodo de vigencia, pueden surgir controversias derivadas del incumplimiento de los términos y condiciones pactadas en los contratos. Por lo que hace a la autoridad, ésta, si así lo considera pertinente y mediante el procedimiento administrativo, puede proceder a la rescisión del contrato.

Por lo que hace a los proveedores, las leyes reglamentarias del artículo 134 de la Constitución general de la República establecen el denominado procedimiento de conciliación.

En efecto, y tomando fundamentalmente como base la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, aunque cabe mencionar que la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas prácticamente establecen el mismo procedimiento en lo conducente señala:

Artículo 71. Los proveedores podrán presentar quejas ante la Contraloría, con motivo del incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades.

Una vez recibida la queja respectiva, la Contraloría señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la queja.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del proveedor traerá como consecuencia el tenerlo por desistido de su queja.

Artículo 72. En audiencia de conciliación, la Contraloría tomando en cuenta los hechos manifestados en la queja y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

En la conciliación las partes deberán procurar la realización de acciones que promuevan la ejecución total de los trabajos, la entrega de los bienes y prestación de los servicios y la completa resolución de las controversias, a través de los convenios que acuerden las mismas, las que podrán considerarse para efectos de solventar las observaciones de los órganos de control.

En caso que sea necesario, la audiencia se podrá realizar en varias sesiones. Para ello, la Secretaría de la Función Pública señalará los días y horas para que tengan verificativo. El procedimiento de conciliación deberá agotarse en un plazo no mayor de cuarenta días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya celebrado la primera sesión, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, por causas debidamente justificadas.

En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la controversia, podrán designar a su costa, ante la presencia de la propia Secretaría de la Función Pública, a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que las partes concilien sus intereses.

De toda diligencia deberá levantarse acta circunstanciada, en la que consten los resultados de las actuaciones.

Artículo 73. En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. En caso contrario quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer en la vía que corresponda.

Conforme a los dispositivos legales anteriormente transcritos, se desprende que existirá conciliación siempre y cuando el procedimiento sea a instancia de los proveedores, derivado de controversias por incumplimiento en los términos y condiciones pactados en el contrato.

Ahora bien, lo importante y significativo de este procedimiento y de otros tantos que existen en el sistema jurídico administrativo es que éstos se tornan ineficaces. En efecto, si bien es cierto que en el procedimiento de conciliación se pretende en forma amistosa y componedora solucionar dichas controversias, también lo es que dicho procedimiento se convierte en ineficaz, por las siguientes circunstancias:

1. Si bien es cierto que se señala una audiencia de conciliación, también lo es que sólo existe apercibimiento legal para el proveedor en caso de no presentarse a ella, consistente en tenerlo por desistido de su queja, no así para la autoridad contratante, no obstante que el artículo 71 señala la obligatoriedad para las partes de asistir a la audiencia. Evidentemente con ello existe inequidad procesal en dicha instancia.
2. El párrafo segundo del artículo 72 prácticamente faculta al órgano de control para exigir a las partes el cumplimiento del contrato, y más allá a convenir, lo que desde luego es contrario a cualquier procedimiento de avenimiento.
3. Si no existe un acuerdo entre las partes, y en caso de que éstas no designen tercero o perito designado para emitir una opinión, se presume que se dejan a salvo los derechos de las partes para ejercerlos en la vía y forma que mejor estimen conveniente.
4. Los acuerdos que tomen las partes en el procedimiento serán vinculatorios siempre y cuando se celebre un convenio, y podrá reclamarse en la vía judicial respectiva.

De lo anterior podemos concluir que más que un procedimiento conciliatorio para dirimir controversias derivadas de contratos administrativos, se trata de un procedimiento tendiente a obligar fundamentalmente al proveedor a llegar a un arreglo, ya que por una parte lo obliga a cumplir con los términos y condiciones del contrato; en el mejor de los casos a designar a terceros o peritos a que rindan su opinión, que prácticamente estamos en presencia de un arbitraje; y finalmente, a obligar al proveedor a acudir a

instancias judiciales para reclamar sus derechos, no así a la autoridad, ya que tiene el procedimiento de rescisión.

En tales condiciones, podemos afirmar que se desvirtúa la conciliación, siendo su procedimiento ineficaz, sobre todo por lo que hace a la parte proveedora, y prácticamente se obliga a acudir a las instancias judiciales para reclamar sus derechos.

Por otra parte, es inexplicable que se tenga que acudir a instancias judiciales cuando la naturaleza de los contratos es eminentemente administrativa. Independientemente de la capacidad que puedan tener los órganos jurisdiccionales judiciales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de contratos, es indiscutible que los contratos administrativos, por su propia y especial naturaleza, deben ser analizados por las instancias y los órganos jurisdiccionales administrativos competentes.