

CAPÍTULO CUARTO

EL CASO DE LA GUARDERÍA ABC

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Los trágicos acontecimientos relacionados con la Guardería ABC, ocurridos en el estado de Sonora en junio de 2009, a raíz de los cuales fallecieron 49 menores de edad, conforman un caso que merece ser examinado desde la perspectiva conceptual que aquí venimos desarrollando.¹¹⁷ Como se verá, el desarrollo de los acontecimientos que derivó en la tragedia involucra, por una parte, la transferencia de una responsabilidad pública (la provisión del servicio de guarderías, en los términos de la Ley del Seguro Social) a particulares. Por otro lado, implica también la existencia de un instrumento de “gobernanza contractual” como lo es el convenio de subrogación suscrito entre el IMSS y la Guardería ABC, S. C., temas ambos que, en lo conceptual, han sido motivo de análisis en la sección precedente de este trabajo.

Asimismo, la transferencia del servicio público de guarderías a particulares parece estar vinculada (por lo menos en parte) con un modelo de solución difundido a escala mundial. Decimos que en parte, porque el régimen de subrogación en realidad existe

¹¹⁷ Leal resume así los hechos: “La guardería ABC —subrogada por el IMSS— operaba ‘habilitada’ en un antigua nave industrial, al lado de una bodega industrial, en un espacio de 50 por 30 metros que apenas hace 3 años era una maquiladora de ropa. No tenía salidas de emergencia. No contaba con extinguidores. Su personal eran empleadas o maestras. Atendía a más de 200 menores de entre 6 meses y 5 años. 142 estaban dentro a las 15 horas de ese 5 de junio. La peor tragedia de que se tenga registro”. Leal Fernández, Gustavo, *Guarderías*, México, ADN Editores, 2009, p. 36.

desde el origen mismo del IMSS. Sin embargo, la gran expansión en el empleo de este instrumento (en el caso de las guarderías) se dio a partir del año 2000, en el marco de una reforma del sector salud diseñada de acuerdo con un esquema impulsado por el Banco Mundial, como se verá más adelante.

En las páginas que siguen nos referiremos a algunos aspectos del marco general y antecedentes de la “privatización” de algunos servicios que en principio son responsabilidad de las instituciones públicas de seguridad social, para después examinar algunos datos relevantes relacionados con el régimen de subrogación aplicable a la provisión del servicio no sólo de guarderías, sino de otro tipo de servicios, que, en principio, corresponde al IMSS prestar. A partir de este examen procederemos posteriormente a extraer algunas conclusiones referidas a varios de los temas desarrollados en la parte conceptual del presente trabajo.

II. MARCO GENERAL DE LA TRANSFERENCIA DE SERVICIOS DEL IMSS A PARTICULARES

Como señala Néstor de Buen, la posibilidad de subrogación de los servicios médicos del IMSS a particulares estaba prevista desde el origen mismo de dicha institución. Esto —afirma De Buen— era necesario, en razón de que, al nacer, el IMSS no tenía capacidad para prestar servicios médicos suficientes. El propósito era entonces aprovechar instalaciones médicas privadas ya existentes para prestar un servicio que, en principio, correspondía al IMSS, pero que por sus condiciones no estaba en situación de prestar.¹¹⁸

Así, el artículo 65 de la Ley del Seguro Social de 1943 (LSS) preveía el otorgamiento de *concesiones* a particulares para que se encargaran de “impartir los servicios de la rama de Enfermedades no Profesionales y Maternidad y proporcional las prestacio-

¹¹⁸ Buen, Néstor de, “La decadencia de la seguridad social”, en Kurczyn, Patricia (coord), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, México, UNAM, 2006, pp. 149-153.

nes en especie y subsidios de la rama de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, siempre bajo la vigilancia y responsabilidad del Instituto”.¹¹⁹

La LSS vigente a partir del 1 de julio de 1997¹²⁰ establece la misma regla en su artículo 89, fracción II, si bien ya no se refiere a la figura de la “concesión”:

Artículo 89. El Instituto prestará los servicios que tiene encomendados, en cualquiera de las siguientes formas:

II. Indirectamente, en virtud de convenios con otros organismos públicos o particulares, para que se encarguen de impartir los servicios del ramo de enfermedades y maternidad y proporcionar las prestaciones en especie y subsidios del ramo de riesgos de trabajo, siempre bajo la vigilancia y responsabilidad del Instituto. Los convenios fijarán el plazo de su vigencia, la amplitud del servicio subrogado, los pagos que deban hacerse, la forma de cubrirlas y las causas y procedimientos de terminación, así como las demás condiciones pertinentes:

A su vez, la fracción III del mismo artículo dispone que

III. Asimismo, podrá celebrar convenios con quienes tuvieren establecidos servicios médicos y hospitalarios, pudiendo convenirse, si se tratare de patrones con obligación al seguro, en la reversión de una parte de la cuota patronal y obrera en proporción a la naturaleza y cuantía de los servicios relativos. En dichos convenios se pactará, en su caso, el pago de subsidios mediante un sistema de reembolsos. Estos convenios no podrán celebrarse sin la previa anuencia de los trabajadores o de su organización representativa.

En su párrafo final, el artículo 89 de la LSS establece que en todo caso, las personas, empresas o entidades a que se refiere este artículo estarán obligadas a proporcionar al Instituto, los informes y estadísticas médicas o administrativas que éste les exigiera

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 152.

¹²⁰ Se publicó en el *DOF* el 21 de diciembre de 1995.

y a sujetarse a las instrucciones, normas técnicas, inspecciones y vigilancia prescritas por el mismo Instituto, en los términos de los reglamentos que con respecto a los servicios médicos se ex- pidan.

Por su parte, y en relación con las guarderías, queda claro que la prestación del servicio es responsabilidad de una institución pública (el IMSS) en relación con los trabajadores sujetos al régimen de dicho instituto, como se desprende del artículo 123, apartado A, fracciones XI, inciso C, y XXIX,¹²¹ y del artículo 171 de la Ley Federal del Trabajo.¹²² Estamos, además, ante un derecho social, que el Estado está obligado a garantizar, en beneficio de sus titulares.

Asimismo, y después de ubicar al seguro de guarderías dentro del régimen obligatorio (artículo 11, LSS), los artículos 203 y 204 de la LSS establecen, respectivamente, que los servicios de guardería infantil serán proporcionados por el Instituto, en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico, y que para otorgar la prestación de los servicios de guardería el Instituto establecerá instalaciones especiales, por zonas

¹²¹ Artículo 123, fracción XI, inciso C: La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas: “C).- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles”. Artículo 123, fracción XXIX: “Es de utilidad publica la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.

¹²² Artículo 171 de la Ley Federal del Trabajo: “Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias”.

convenientemente localizadas con relación a los centros de trabajo y de habitación, y en las localidades donde opere el régimen obligatorio.

No obstante lo anterior, el artículo 213 de la LSS abre la posibilidad de que el servicio de guarderías infantiles se proporcione por parte de particulares, en los siguientes términos:

Artículo 213. El Instituto podrá celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios, con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos, cuando reúnan los requisitos señalados en las disposiciones relativas.

Es decir, a través del régimen de subrogación es posible que un particular, y no el Estado (a través del IMSS, en este caso), preste el servicio de guardería directamente a los derechohabientes, conforme a los “requisitos señalados en las disposiciones relativas”.

Los requisitos son expedidos por reglas de carácter general expedidas por el Consejo Técnico del IMSS.¹²³ Es decir, para ser elegible como subrogatario se debe cumplir con tales requisitos. Igualmente, para conservar el carácter de subrogatario y renovar el convenio es preciso cumplir con los referidos requisitos. Nótese, por otra parte, que el artículo 213 abre la posibilidad de celebrar convenios de subrogación “con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos”, y no con particulares que no sean patrones en los términos referidos.

Ahora bien, el régimen de subrogación de guarderías del IMSS existe desde 1973 (se preveía en el artículo 192 de la LSS). Sin embargo, es a partir del año 2000 cuando se da la gran expansión de este tipo de guarderías. Como reportan Jorge Ramos y Ricardo Gómez, del 2000 al 2008 el IMSS “apostó todo” a la subrogación de guarderías y dejó de lado la prestación directa del servicio. Como se desprende del “Informe al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión sobre a situación financiera y los riesgos del IMSS 2008-2009”, entregado el 10 de julio de 2009 al Congreso

¹²³ Véase anexo I al final de este libro.

de la Unión por parte del IMSS, en 2000 había 142 guarderías de prestación directa y 757 subrogadas. Sin embargo, la cifra de las guarderías de prestación directa se mantuvo intacta hasta 2008, mientras que las subrogadas pasaron a un total de 1,412.¹²⁴

Esta extraordinaria expansión de guarderías subrogadas parece enmarcarse en un cuadro más general, que tiene que ver con la reorganización corporativa del IMSS, promovida desde finales de la década de los noventa del siglo pasado. Una estrategia que, según Laurell, tiene como objetivos básicos contener costos para no desequilibrar las finanzas públicas e introducir la lógica de mercado para la asignación de los recursos de salud dentro del IMSS.¹²⁵ Cabe resaltar que según Laurell, el giro dado en México a la política social en el tema de salud pública está vinculado a la condición establecida por el Banco Mundial para que el gobierno mexicano pudiera tener acceso a un préstamo por 700 millones de dólares, en 1998.¹²⁶

Para Laurell, la reorganización del IMSS parte de la separación de las funciones de normatización, financiamiento y prestación, antes todas ellas en manos del propio IMSS. Sin embargo, para esta autora la reforma del IMSS implica que en adelante, “la administración central de éste sólo recaudará las cuotas y normará las actividades de otras instancias”.¹²⁷ En este esquema, se transfieren tramos importantes de responsabilidades públicas al sector privado.¹²⁸

¹²⁴ Artículo periodístico de Jorge Ramos y Ricardo Gómez, *El Universal*, 2 de julio de 2009.

¹²⁵ Laurell, Asa Cristina, “El Banco Mundial en la reforma de los servicios médicos del IMSS”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 58.

¹²⁶ Laurell cita como un documento referencial el trabajo titulado *Mexico: Health System Reform* (World Bank, 1998). *Ibidem*, pp. 58 y 59. Véase también su trabajo titulado “Structural Adjustment and Globalization of Social Policy in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000, pp. 306 y ss.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹²⁸ “La iniciativa privada, por su parte, resulta favorecida por la reforma con la apertura y fuerte impulso de tres ámbitos de los negocios privados: la gestión del financiamiento de salud y la organización de sistemas de atención;

Ahora bien, sin ser servicios médicos, la evolución que ha tenido la prestación del servicio de guarderías del IMSS puede enmarcarse en la tendencia general arriba aludida. Una tendencia que impacta en diversas áreas del IMSS, y que en relación con todas abre cuestionamientos acerca del trazado de la línea entre “lo público” y “lo privado”, amén de incidir sobre temas de responsabilidad pública y privada y la rendición de cuentas de los distintos tipos de proveedores del servicio. En el nivel más general, los desarrollos aludidos enfrentan una lógica mercantil que choca (o puede chocar) con la lógica pública que obedece (o debiera obedecer) al interés común de satisfacción de necesidades y garantía de derechos.¹²⁹ Este tema será discutido con mayor profundidad más adelante; pero antes, debemos examinar el régimen normativo de los convenios de subrogación de servicios de guardería.

III. EL MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACIÓN

Como ya señalamos, el artículo 213 abre la posibilidad de celebrar convenios de subrogación “con los patrones que tengan

la prestación privada de servicios médicos y la venta de seguros adicionales de salud”. En este esquema, señala Laurell, los empresarios de la salud “...se convertirán en interlocutores privilegiados para la formulación de la política de salud y seguramente defenderán sus intereses particulares.” *Ibidem*, p. 61.

¹²⁹ Esta es la preocupación fundamental de Laurell, *idem*. Además, en otro ensayo sostiene igualmente Laurell, que: “La primera premisa de esta propuesta es que los servicios médicos son ‘bienes privados’ dado que son apropiados por los individuos y en cantidades variables (Akin, 1987). De allí se desprende que la salud es una responsabilidad privada, por lo que los individuos deben resolver sus necesidades de salud en la familia o adhiriéndose a formas de prepago que garanticen su acceso al mercado de servicios. Por tanto, el Estado sólo debe hacerse cargo de aquello que no le interesa a los privados producir por la falta de rentabilidad o que los individuos no pueden comprar por falta de recursos económicos. En esta concepción no cabe la noción del ‘derecho a la salud’ y su correlato lógico, o sea, la obligación del Estado a garantizarlo”. Laurell, Asa Cristina, “La globalización y las políticas de salud”, *Salud Problema*, nueva época, año 3, núm. 4, junio de 1998, p. 41.

instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos”. Esto, de entrada, pone en duda la legalidad de cualquier convenio de subrogación que se celebre en relación con particulares que no sean “patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos”.

Ahora bien, en el análisis del marco normativo de este tipo de convenios resaltan dos aspectos en los que de manera preferente debemos fijar la atención. Uno de ellos es el régimen de subrogación en sí mismo, y el otro es el relativo a la adjudicación de los contratos o convenios respectivos (conforme a lo establecido por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público).

1. *El régimen de subrogación*

A. *Guarderías: es un servicio público*

Las actividades realizadas por las guarderías del IMSS son un servicio público que, en principio, corresponde ser proveído por el propio Instituto. El carácter de “servicio público” se aclara al contrastar la definición doctrinaria de dicho término, con las características propias del servicio de guardería examinado. De esta forma, y tomando una definición de servicio público ampliamente aceptada en la doctrina mexicana, Fernández Ruiz considera que servicio público

es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.¹³⁰

¹³⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, México, Porrúa, 1995, pp. 162 y 163.

Ahora bien, siguiendo esta definición, podemos apreciar que el servicio de guarderías del IMSS conforma:

i) Una actividad: no es una estructura ni un órgano, sino una actividad, en el caso que nos ocupa, consistente en el cuidado de la salud, educación, alimentación, aseo y recreación de los menores hijos de trabajadoras y trabajadores asegurados en el régimen del IMSS.¹³¹

ii) Una actividad que además es técnica: es decir, requiere de personal capacitado, así como de materiales y equipos especiales, y que debe realizarse de acuerdo con procedimientos específicos predeterminados. En el caso de las guarderías del IMSS, su carácter técnico puede verse claramente a partir del examen de diversas disposiciones que les son aplicables. Por ejemplo, la disposición 7.1.1 de la Norma que establece las disposiciones para la operación del servicio de guardería,¹³² dispone que para la prestación del servicio, la guardería deberá contar con los recursos financieros, mobiliario, equipo, así como material

¹³¹ Para más detalle, el artículo 201 de la Ley del Seguro Social dispone que:

“El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna”.

Las actividades que comprende la “guardería infantil” se contienen en el artículo 203 de la LSS:

“Artículo 203. Los servicios de guardería infantil incluirán el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los menores a que se refiere el artículo 201. Serán proporcionados por el Instituto, en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico”.

¹³² Clave 3000-001-009.

didáctico y de consumo, que el Instituto establece para su óptimo funcionamiento; por su parte, la disposición 7.1.4 ordena que la guardería deberá brindar atención integral a la población infantil de acuerdo con los programas, procedimientos y grupos de edad establecidos por la Coordinación de Guarderías.

Asimismo, la disposición 7.3, relativa a recursos humanos, incluye normas como las siguientes: la plantilla de personal deberá estar cubierta de acuerdo con los indicadores establecidos por la Coordinación de Guarderías, considerando el ausentismo del personal para garantizar la atención y seguridad integral de los menores; el proceso de selección de personal se deberá realizar de acuerdo con las políticas y procedimientos establecidos por el Instituto; el personal que labore en las guarderías deberá cumplir con los requisitos y perfil académico establecidos por el Instituto y/o contar con la certificación de competencias laborales; previo a la contratación y de manera permanente, el personal debe recibir capacitación teórica y práctica que le permita obtener los conocimientos y aptitudes, así como mantenerse actualizado para el desarrollo de sus funciones, conforme lo establece la Ley Federal del Trabajo.

Queda claro, conforme a lo anterior, que el servicio de guarderías del IMSS consiste en una serie de actividades de carácter técnico, cuya realización requiere de especialización y capacitación.

iii) Se destina a satisfacer una necesidad de carácter general: Fernández Ruiz distingue entre las *necesidades públicas* (del Estado y demás entes públicos), cuya satisfacción se logra mediante el ejercicio de las funciones públicas, y las *necesidades generales*, producto de la suma de muchas necesidades individuales iguales.¹³³

¹³³ Sanz Rubiales explica que “el servicio responde a fines sociales, de prestación a los particulares, mientras que la función pública responde a fines jurídicos, de justicia y seguridad del Estado. Esta distinción —que se mantiene aún hoy entre la doctrina española y, sobre todo, italiana— resulta fundamental para la sistemática del Derecho Administrativo, aunque la diversa catalogación de

En el caso de las guarderías del IMSS, estamos ante una necesidad general, producto de la suma de las necesidades de muchas y muchos trabajadores asegurados al IMSS, quienes requieren del auxilio del Instituto para atender a sus hijos menores de edad durante su jornada de trabajo.

iv) Que el Estado debe asegurar, regular y controlar en cuanto a su prestación: es decir, el Estado, ante la necesidad general, asume la responsabilidad de atenderla, mediante la realización de la actividad técnica correspondiente. El Estado, a través del IMSS, asume esa responsabilidad, como se desprende de los artículos 201-207 de la LSS. Sin embargo, esto no implica que el Estado (en nuestro caso el IMSS) necesariamente deba ser quien directamente preste el servicio, pues puede delegar dicha prestación a ciertos particulares, pero conservando el poder de regular y controlar a estos últimos.

En el caso de las guarderías del IMSS, ya hemos visto que el artículo 213 permite la delegación a particulares de dicho servicio,¹³⁴ delegación que está sujeta a una serie de normas expedidas por el propio IMSS, como, por ejemplo, el Acuerdo del Comité Técnico del IMSS 602/2002 del 13 de noviembre de 2002 (modificado por el Acuerdo 159/2003 del 23 de abril de 2003 del propio Comité).¹³⁵

v) Actividad sujeta a un mutable régimen exorbitante del derecho privado: es decir, se trata de un

actividades no resulta siempre fácil. En todo caso, de acuerdo con esta distinción, la actividad de servicio público se caracteriza por la prestación de utilidad y la ausencia de poderes típicos de la función pública, que son poderes jurídico-públicos que derivan a su vez de la autoridad y soberanía estatales y que, en sentido estricto, se identifican con los poderes de imperio. De forma sintética, puede decirse que la función pública supone participación del poder del Estado y tiene carácter jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y normalmente no puede utilizar el poder público". Sanz Rubiales, Íñigo, *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, p. 13.

¹³⁴ A "los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos".

¹³⁵ Véase anexo I en este libro.

régimen jurídico que rebasa la órbita, los límites del derecho privado, por generar derechos y obligaciones impensables y aun inadmisibles en éste, como son la posibilidad de su modificación, o de su ejecución directa y, aun, de su rescisión o revocación unilateral, por parte de la autoridad contratante.¹³⁶

El servicio de guarderías del IMSS es, por todo lo anterior, un servicio público, que en principio y como regla general corresponde al propio instituto prestar. Sin embargo, el derecho administrativo mexicano admite otras posibilidades, como se explicará a continuación.

B. *Gestión directa y gestión indirecta*

Como ya se entrevé en las páginas anteriores, el desempeño de las actividades relativas a los servicios públicos admite diversas formas de gestión. Esto es, como dice Araujo, una cosa es la creación del servicio público, que se da con el reconocimiento de la existencia de una necesidad de interés general, y la decisión de satisfacerla invistiendo de potestades a la administración pública; y otro asunto distinto son las modalidades posibles de gestión del servicio público, que son variadas y alternativas. De esta manera, el régimen jurídico de los servicios públicos reconoce que la administración pública tiene la potestad de poder organizar, modificar o reorganizar la forma de gestión del servicio público de la manera que el interés público demande, teniendo en cuenta, sin embargo, que hay una reserva legal en cuanto a la definición de la forma de gestión en cada caso.¹³⁷

¹³⁶ “De no ser así, es decir, si el derecho privado fuese suficiente para regular los negocios contractuales que la administración pública celebra en los términos previstos en el troquel del contrato administrativo, éste no tendría razón de ser, ya que sólo se justifica siempre y cuando su régimen jurídico sea sustancialmente distinto del que rige las relaciones contractuales de los particulares”. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2000, pp. 86 y 87.

¹³⁷ “En este sentido, la primera cuestión a tener en cuenta respecto a los modos de gestión de los servicios públicos es que la elección del sistema de

En este sentido, y como señala Fernández Ruiz, los servicios públicos pueden ser prestados por entes de derecho público, por personas de derecho social y por personas de derecho privado.¹³⁸ En el presente apartado nos concentraremos en la tercera hipótesis, por ser ésta en la que se encuadra el régimen de subrogación de las guarderías del IMSS.

En efecto, Fernández Ruiz explica las distintas formas en que el derecho administrativo admite la prestación de servicios públicos por medio de personas de derecho privado. No obstante, para los efectos de este trabajo, nos interesa reseñar aquí el régimen relativo a dos mecanismos específicos: la concesión y la subrogación.¹³⁹

Por concesión entendemos el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público.¹⁴⁰

Por subrogación entendemos, siguiendo a Fernández Ruiz, el aprovechamiento de las instalaciones o infraestructura que tienen instituciones públicas o privadas, para lo cual el ente público a quien está atribuido el servicio, contrata con el poseedor de las instalacio-

prestación corresponde al legislador, que es quien, en cada caso, establece el modo más adecuado para cada actividad, aunque en determinados supuestos, delegue en la Administración Pública respectiva esta elección dentro de una gama de posibilidades previamente establecidas...”. Araujo-Juárez, José, *Manual de derecho de los servicios públicos*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003, pp. 196 y 211.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 183.

¹³⁹ En realidad, hay otros mecanismos, como la *locación*, entendida como el sistema por el cual la administración pública “locataria” encarga a un particular “locador”, por tiempo determinado y mediante la remuneración convenida de antemano, la prestación de un servicio público gratuito u oneroso, por lo general ya organizado. Y la *gestión interesada*, ubicada en un punto intermedio entre la gestión en *régie* y la concesión. Implica la celebración de un contrato societario mediante el cual la administración pública se asocia con un particular para la prestación de un servicio público, sin crear por ello una nueva persona jurídica, lo cual puede efectuarse conforme a dos alternativas o modalidades opuestas. *Ibidem*, pp. 202-204.

¹⁴⁰ Nava Negrete, Alfonso, voz “Concesión administrativa”, *Diccionario jurídico mexicano*, t. I (A-CH), México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 566.

nes o infraestructuras mencionadas la prestación de ese servicio a los usuarios respectivos. En opinión de este autor, el “concierto” o “subrogación” se considera como una forma provisional, conforme a la cual la prestación del servicio queda a cargo de persona, de derecho público o de derecho privado, diferente a la que legalmente le está atribuido, sin que ello implique, en el segundo de los casos, que el prestador sustituto adquiera carácter público.¹⁴¹

Dicho lo anterior, parece lógico y adecuado que en el caso de la delegación de servicios médicos o de guarderías se haya optado por el término de “subrogación”, y no por el de “concesión”. Esto es así, porque el objetivo de la primera es aprovechar por parte del ente público que subroga, la infraestructura e instalaciones de los particulares subrogatarios, para que éstos presten el servicio que, en principio, corresponde al referido ente público.

Cabe señalar que ambas figuras pueden verse como formas de gestión “delegada” de un servicio público. Sin embargo, como bien señala Araujo, entre el elenco de formas de gestión “delegada”, uno es preponderante: la *concesión de servicio público*, en relación con la cual “será posible también definir y situar los otros modos de gestión delegada, pues la teoría de los servicios públicos, puede decirse, se ha formado al compás de la evolución de la técnica concesional”.¹⁴² Por ello, y sin pretender aquí desarrollar una extensa discusión dogmática acerca de las formas de gestión indirecta de servicios públicos, y en un esfuerzo de síntesis de los caracteres de la concesión que pueden entenderse también como propios de la subrogación,¹⁴³ para los efectos del presente trabajo podemos explicitar lo siguiente:¹⁴⁴

¹⁴¹ Fernández Ruiz, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, cit., pp. 202-204.

¹⁴² *Ibidem*, p. 222.

¹⁴³ De hecho, como ya se mencionó, la Ley del Seguro Social de 1943, al referirse a la posibilidad de que el IMSS posibilitara a particulares para la prestación de servicios médicos, hablaba de “concesiones” y no de “subrogación”. Véase *supra*, p. 65.

¹⁴⁴ En esta sistematización recurrimos de manera preponderante al excelente análisis dogmático realizado por Araujo, *op. cit.*, pp. 201-220.

i) Se trata, en ambos casos, de actos jurídicos complejos, a través de los cuales la administración pública habilita a un particular para que preste un servicio público; dicha complejidad se manifiesta en su carácter mixto, es decir, son actos integrados por diversos elementos. En el caso de la concesión, la doctrina habla de la existencia de un elemento reglamentario y un elemento contractual.

El elemento reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio, y se refiere a las normas técnicas necesarias para el manejo y organización del servicio público en cuestión (disposiciones referentes a horarios, tarifas, modalidades de prestación del servicio, derechos de los usuarios). El carácter de acto reglamentario implica también que la administración pública concedente puede variarlo en cualquier instante, de acuerdo con las necesidades que se satisfacen con el servicio, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario.¹⁴⁵ Esta característica deriva de la naturaleza “exorbitante” del derecho privado que corresponde al régimen de los servicios públicos.¹⁴⁶

Por otro lado, la concesión (y también la subrogación) tiene un elemento contractual, cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración pública concedente. Así, el elemento contractual crea derechos para el concesionario (y también para el subrogatario), y representa para él la protección de sus intereses y la garantía para sus inversiones.¹⁴⁷

ii) Ninguna de las dos figuras conlleva la delegación de la titularidad de las competencias de la administración pública sobre el servicio público; ello implica que la responsabilidad por la actividad relativa al servicio público corresponde primariamen-

¹⁴⁵ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1968, pp. 263-265.

¹⁴⁶ Véase *supra*, pp. 73 y 74.

¹⁴⁷ *Idem*.

te al Estado, a través de la administración pública; asimismo, la conservación de la titularidad por parte del Estado es la base del poder que la administración pública conserva para organizar, controlar y supervisar la prestación del servicio público a través de la reserva legal y de la potestad reglamentaria; es la base también del ejercicio de la potestad sancionatoria, en relación con el prestador del servicio o el usuario del mismo que violente las reglas que norman el servicio público en cuestión; asimismo, la titularidad del servicio conlleva la discrecionalidad de la administración pública en la selección del particular que habrá de hacerse cargo de un servicio público, si bien bajo las pautas que la ley correspondiente establezca.¹⁴⁸

iii) Presuponen una habilitación administrativa; en ambos casos, el título habilitante es de carácter contractual-administrativo. A su vez, esta habilitación supone el poder de supervisión de la administración pública habilitante sobre la actividad, gestión, ejecución realizada por la persona privada habilitada. Asimismo, la naturaleza administrativa de la habilitación tiene como consecuencia la competencia de la justicia administrativa en caso de conflictos en relación con el título habilitante.

iv) La gestión indirecta de un servicio público no puede ser perpetua (pues ello supondrá una transmisión de la plena propiedad de la titularidad jurídica del servicio público que constituye una competencia pública) ni puede transferirse a otras personas (pues la delegación se otorga en razón de las características personalísimas del sujeto habilitado, es decir, *intuitu personae*).

¹⁴⁸ Afirma Fernández Ruiz: “Como el Estado originariamente tiene atribuida la prestación del servicio público, cuando otorga concesión a un gobernado para que se haga cargo del mismo, conserva sus poderes de control, vigilancia y fiscalización del funcionamiento del servicio, que le permiten cerciorarse de que éste se presta en los términos establecidos por la ley y en la concesión, aprobar las tarifas aplicables, e imponer, en su caso, las sanciones a que se haga acreedor el concesionario, incluida la declaración de caducidad de la concesión”. Pero además, de todo lo anterior se desprende que es un deber del concedente proteger al usuario del servicio. Fernández Ruiz, *Derecho administrativo (servicios públicos)*, cit., p. 255.

En resumen, el régimen de subrogación de servicios públicos (que corresponde a la idea del *contracting out* referido en los primeros capítulos de este libro), habilita a un particular para la prestación del mismo. Sin embargo, el titular continúa siendo el Estado, titularidad de la que derivan potestades de vigilancia, inspección, sanción, modificación de los términos y aun terminación del contrato correspondiente, si así lo requiriera el interés público.

2. La adjudicación de los contratos o convenios de subrogación

El artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece como regla general para la adjudicación de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, la licitación pública.¹⁴⁹ En esencia, la licitación viene a ser un factor que coarta la libertad de la administración pública para seleccionar a su cocontratante en un contrato administrativo (no en todos), y es un requisito a satisfacer previamente a la celebración de un contrato público.¹⁵⁰ Esta limitación a la administración pública se justifica en razón de la protección de una serie de valores públicos (en los que se involucran intereses tanto del Estado como de los particulares), valores que se pueden deducir a partir de una revisión de lo que

¹⁴⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 26, párrafo 2o: “Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones, solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección al medio ambiente y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la presente Ley”.

¹⁵⁰ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos, cit.*, p. 170.

la doctrina identifica como los principios fundamentales de la licitación, a saber:¹⁵¹

a. Concurrencia: necesaria para que pueda darse la contienda entre particulares que aspiran a ser cocontratantes, y obtener así un beneficio económico de tal calidad.

b. Isonomía: que implica la igualdad de los particulares frente a la administración pública, y que en el caso de la licitación importa el tratamiento igual (no discriminatorio) en situación igual de quienes contienden por convertirse en cocontratantes de la administración pública.

c. Competencia: que supone la concurrencia de aspirantes a convertirse en cocontratantes de un contrato administrativo, “lo cual implica la ausencia de acuerdos entre ellos para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para que quienquiera que gane obtenga una utilidad desmesurada”.¹⁵²

d. Imparcialidad: la administración debe ser imparcial en el desarrollo del procedimiento.

e. Transparencia: debe permitirse a todos los interesados, conocer las condiciones y requisitos bajo los que la licitación se celebra, así como las causas, razones y motivos de las resoluciones producidas a lo largo del procedimiento.

f. Publicidad: que garantiza la transparencia del procedimiento de licitación, propicia la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial.

Más en concreto, se ha dicho que la razón o fundamento de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública se halla en la eficiencia, ya que la defensa y promoción del interés público que todo contrato de la administración pública persigue se obtendrá en grado óptimo si el contrato se celebra

¹⁵¹ Los principios enunciados a continuación los hemos tomado, con leve reformulación de nuestra parte, de Fernández Ruiz, Jorge y Herrera García, José Alfonso, *Teoría y praxis de la contratación administrativa. El caso del estado de Guerrero*, México, UNAM, 2004, pp. 25 y 26.

¹⁵² *Ibidem*, p. 26.

con el particular que ofrezca las mejores condiciones. Además, va involucrado el respeto al principio de igualdad de oportunidades, que es una manifestación del principio de igualdad ante la ley. Finalmente, la transparencia en las decisiones de contratación busca garantizar la mayor objetividad e imparcialidad en éstas.¹⁵³

Ahora bien, precisamente en atención al cuidado de los intereses públicos en los procesos de contratación de la administración pública, es que el párrafo cuarto del artículo 134 de la Constitución general de la República consagra como regla general la licitación para la adjudicación de los contratos públicos:

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

Sin embargo, el propio artículo 134 constitucional, en su párrafo quinto, abre la posibilidad de que existan otras formas de adjudicación de contratos por parte de la administración pública. El texto de dicha disposición establece que

Cuando las licitaciones a que 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, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.¹⁵⁴

¹⁵³ Ministerio de Hacienda, *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 57.

¹⁵⁴ Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1982.

En sintonía con la anterior disposición constitucional, el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público indica otras dos formas de adjudicación distintas a la licitación pública, a saber: la invitación a cuando menos tres personas, y la adjudicación directa. Por su parte, las excepciones concretas a la regla general de adjudicación por licitación, a nivel federal, se encuentran en el artículo 41 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Así, el referido artículo dispone que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, en diversos supuestos. En algunos de ellos, la justificación está relacionada, entre otras razones, por una imposibilidad lógica;¹⁵⁵ por la necesidad de guardar el orden público¹⁵⁶ o por razones de seguridad nacional.¹⁵⁷

Para los efectos de este trabajo, nos queremos fijar en la fracción III del artículo 41, pues es la que se invocó para “justificar” el convenio de subrogación de la Guardería ABC, por el mecanismo de adjudicación directa. Dicha fracción indica que se podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando: “III. Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, cuantificados y justificados”.

Como se puede ver, el lenguaje de esta fracción es sumamente general y vago; no hay ningún elemento que permita precisar en

¹⁵⁵ Por ejemplo, que en el mercado sólo exista un posible oferente (fracción I).

¹⁵⁶ Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor (fracción II).

¹⁵⁷ Cuando la contratación mediante licitación pública ponga en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública, en los términos de las leyes de la materia (fracción IV).

qué puedan consistir las “circunstancias” referidas ni manera de tener una idea de saber cuándo estamos ante pérdidas o costos adicionales “importantes, cuantificados y justificados”.

Pero, desde nuestra perspectiva, el tema esencial es el de la “justificación”. Como señala Gil Ibáñez en una reflexión sobre este tema en el caso español, la exigencia de la justificación de la elección del procedimiento y la forma de adjudicación en la contratación pública pretende hacer frente a los posibles abusos que la administración puede cometer en este ámbito. Ciento es que la elección del método ha de ser discrecional (tomando en cuenta una serie de circunstancias, como las que se encuentran en el artículo 41 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y que bien podrían precisarse más), pero no debe ser arbitraria, y para no serlo debe haber de parte de la autoridad una justificación de la elección del procedimiento que ha de constar en el expediente respectivo. A su vez, la elección del procedimiento debe basarse en razones que atiendan a la mejor satisfacción del interés público.¹⁵⁸

Por otro lado, de manera más precisa, señala Gil:

Por lo demás, esta justificación debe ser lo suficientemente explícita como para comprender los motivos que han llevado al órgano de contratación a la elección, sin que sea válida una referencia genérica, pero sin que se requiera una exposición pormenorizada. Lo ideal sería una sucinta referencia en la que se hicieran constar las ventajas y los inconvenientes de las distintas opciones con que se cuenta y la conclusión derivada de ello, en relación con el concreto contrato de que se trate... no basta la mera motivación, sino que se precisa la justificación, concepto éste que entiendo es de mayor amplitud y que va a permitir, en su caso, como he advertido, mayor control de la adecuación a derecho de la actuación administrativa por los Tribunales de Justicia.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Gil Ibáñez, José Luis, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1998, pp. 55 y 56.

¹⁵⁹ El Tribunal Supremo de España, en la sentencia del 23 de abril de 1996, señaló que “en cualquiera de las diversas formas de contratación de los servicios

Lo anterior nos lleva a la siguiente reflexión: si en la contratación pública no se establecen estándares más precisos acerca del tipo de criterios que pueden justificar las excepciones a la regla general de adjudicación previa licitación; o bien, si una vez establecidos dichos estándares no existen o no funcionan los mecanismos para garantizar que aquéllos se apliquen, entonces se abre la puerta a la subversión de toda la lógica de la contratación pública (que busca, en teoría, la satisfacción y protección del interés público). Si las anteriores condiciones no se dan, entonces la fracción III del artículo 41 se erige en una disposición que tiene el potencial de convertir a la excepción (la adjudicación directa), en la regla general de facto (en lugar de la licitación pública), con todas las consecuencias que por lógica esto tiene en el sentido de desproteger el interés público y de beneficiar a algunos intereses privados.

No pretendemos sugerir con lo anterior que la adjudicación directa como opción en la contratación pública deba dejar de existir. Pero deben precisarse las hipótesis que la hacen necesaria, así como los criterios para su justificación, y también debe establecerse con toda claridad el deber de la autoridad de justificar con toda amplitud en el expediente respectivo, que tales hipótesis se han dado en el caso concreto, lo cual ha de permitir un control más adecuado. Nuestra observación se vincula con la preocupación externada en el documento de la OCDE analizado en el capítulo segundo de este libro, según el cual la experiencia con el *contracting out* sugiere ciertas condiciones esenciales para alcanzar beneficios reales: la existencia de un mercado competitivo entre los oferentes; de procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables, y de una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos.¹⁶⁰

públicos, es fundamental y básico para la existencia y validez de tales contratos, la justificación concreta del supuesto que da lugar a la forma de contratación elegida, y la constancia de ello en el respectivo expediente". Cita tomada de *idem*.

¹⁶⁰ OECD, *op. cit.*, p. 41. Véase capítulo II, p. 38.

IV. EL CONTRATO DE SUBROGACIÓN ENTRE EL IMSS Y LA GUARDERÍA ABC, S. C.¹⁶¹

El contrato suscrito por el IMSS y la Guardería ABC el 20 de diciembre de 2006 fue elaborado con base en un modelo de contrato que a lo largo de varios años ha experimentado una evolución propia, impulsada por las distintas administraciones federales.¹⁶² Sin embargo, la esencia del régimen de subrogación, independientemente del contrato-modelo, es la que ya se explicó: el objeto es transferir a particulares (personas morales) el desempeño del servicio público de guarderías, en el marco de un régimen exorbitante del derecho privado. En las líneas que siguen se analizarán los elementos distintivos de los contratos de subrogación.

1. *Cláusulas relevantes del contrato de prestación del servicio de guardería que celebraron el IMSS y la Guardería ABC (29 de diciembre de 2006)*¹⁶³

En las declaraciones I.1 y I.2 el IMSS señala que está a cargo de la organización y administración del seguro social como un “servicio público” de carácter nacional, y reconoce que está obligado a cubrir el servicio de guarderías de acuerdo con lo establecido en el artículo 11, fracción V, de la LSS. Asimismo, en la declaración I.3 del IMSS justifica la subrogación en los siguientes términos:

Siendo muy amplio el ámbito geográfico y el universo de asegurados y tomando en consideración que no cuenta con las suficientes

¹⁶¹ El artículo 213 de la LSS habla de “convenios” de subrogación, pero la denominación del instrumento que habilitó a la Guardería ABC para prestar el servicio correspondiente, es la de “contrato”.

¹⁶² Gustavo Leal Fernández analiza las distintas administraciones del IMSS de los últimos sexenios en su libro *Guarderías*, México, ADN Editores, 2009.

¹⁶³ Disponible en la página <http://aplicaciones.imss.gob.mx/guarderias/principal.htm>

instalaciones ni los recursos humanos necesarios y especializados ante la necesidad que tiene de continuar cubriendo el servicio de guarderías a sus asegurados, celebra el presente contrato con “EL PRESTADOR”, en virtud de contar éste con los recursos, técnicos, humanos, financieros, administrativos y la infraestructura necesaria para proporcionar el servicio requerido.

Además, en su declaración I.7, señala el IMSS que el Comité Institucional de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, en la sesión ordinaria 24/2006, y mediante acuerdo 112/2006, del 15 de noviembre de 2006, autorizó dictaminar procedente la adjudicación directa del contrato.

Por su parte, en la declaración II, “EL PRESTADOR”, es decir, la Guardería ABC, declaró ser una persona moral legalmente constituida conforme a las leyes mexicanas, cuyo objeto social consiste en la asesoría y prestación de servicios de guardería y educación de menores, y contar con los recursos técnicos, humanos, financieros, administrativos y la infraestructura necesaria para proporcionar el servicio requerido por el IMSS.¹⁶⁴

En las líneas que siguen se podrán encontrar algunas cláusulas del contrato que hemos seleccionado, para dar al lector una idea de las obligaciones de las partes:

SEGUNDA. SERVICIO. “EL PRESTADOR” deberá proporcionar el servicio atendiendo a cuidar y fortalecer la salud del niño y su buen desarrollo futuro, así como a la formación de sentimientos de adhesión familiar y social, a la adquisición de conocimientos que promuevan la comprensión, el empleo de la razón y de la imaginación, a constituir hábitos higiénicos y de sana convivencia, cooperación en el esfuerzo común con propósitos y metas comunes, todo ello de manera sencilla y acorde a su edad y a la realidad social y con absoluto respeto a los elementos formativos de estricta incumbencia familiar. Los servicios de guardería infantil incluirán el aseo, la alimentación, los cuidados de la salud, la educación y la recreación de los menores.

¹⁶⁴ Declaraciones II.1 y II.5 de “EL PRESTADOR”.

CUARTA. LUGAR. El servicio lo proporcionará “EL PRESTADOR” en el inmueble al que se refiere el numeral II.4 de la Declaracion II, del presente instrumento y deberá contar con el mobiliario, equipo y material didáctico y de consumo adecuado para dicho servicio, manteniéndolo en condiciones óptimas de manera permanente para la realización de las actividades educativas, asistenciales y administrativas de la guardería, conforme a la relación de mobiliario, equipo, material didáctico y de consumo a que se refiere el ANEXO UNO que firmado por las partes forma parte integrante de este contrato.

QUINTA. CAPACIDAD INSTALADA DEL INMUEBLE. “EL PRESTADOR” se obliga a que, de acuerdo a la capacidad instalada del inmueble que es de 196 lugares, la distribución por sala de atención sea la especificada en el plano arquitectónico de la guardería, que se adjunta como ANEXO DOS y conforme a la plantilla de personal y distribución por sala de atención que se especifica como ANEXO TRES que, formados por las partes, forman parte integrante del presente contrato, no pudiendo rebasar la capacidad instalada por sala de atención.

OCTAVA. CALIDAD. “EL PRESTADOR” deberá cumplir con la normatividad vigente en materia de salud, regímenes de alimentación, programa educativo y demás relativas al servicio de guardería establecidas por “EL INSTITUTO” para la atención integral y armónica del niño y que regula, de conformidad con los artículos 202 y 203 de la Ley del Seguro Social, los aspectos de fomento de la salud, pedagógico y nutricional. Asimismo, “EL PRESTADOR” se obliga a adoptar la normatividad que para el efecto establezca “EL INSTITUTO”.

DÉCIMA TERCERA. LICENCIAS. “EL PRESTADOR” será responsable de obtener y mantener actualizadas las licencias, permisos y autorizaciones gubernamentales necesarios para el óptimo funcionamiento de la guardería, de manera que los servicios que preste se encuentren ajustados a los ordenamientos legales correspondientes.

DÉCIMA CUARTA. CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO. “EL PRESTADOR” se obliga a mantener el inmueble en que se proporciona el servicio objeto del presente contrato así como sus instalaciones, en condiciones adecuadas de utilidad, y funcionamiento.

Por su parte, “EL INSTITUTO” queda facultado para efectuar en cualquier momento la supervisión al mismo y solicitar por escrito a “EL PRESTADOR” se ejecuten las obras, reparaciones o mejoras necesarias para tal efecto.

DÉCIMA SÉPTIMA. RECURSOS HUMANOS. “EL PRESTADOR” se obliga a que el servicio de guardería lo proporcionará con personal propio, por lo que seleccionará al personal que emplee bajo su más estricta responsabilidad y de acuerdo a los perfiles que se requieren para el servicio de guardería establecidos por “EL INSTITUTO”, de conformidad con el ANEXO CUATRO que debidamente firmado por las partes, forma parte integrante del presente contrato.

VIGÉSIMA. CUOTA UNITARIA POR LA PRESTACIÓN. “EL INSTITUTO” cubrirá a “EL PRESTADOR” por el servicio de guardería objeto y materia de este contrato, una cuota mensual de \$2,110.45 (Dos mil ciento diez pesos 45/100 M.N.) por cada niño derechohabiente usuario del servicio y será cubierta de conformidad con la fórmula de pago establecida en la cláusula vigésima segunda. Esta cuota, incluye todos los gastos derivados de la prestación del servicio.

VIGÉSIMA QUINTA. SEGUROS. “EL PRESTADOR” deberá contar con un seguro en materia de responsabilidad civil y los seguros adicionales que se requieran, de manera que cubran cualquier eventualidad de la que pudieran desprenderse responsabilidades de cualquier índole y que llegaran a suscitarse con motivo de la prestación del servicio de guardería objeto de este contrato. La falta de dichos seguros no eximirá a “EL PRESTADOR” de las responsabilidades en que pudiera incurrir conforme a las disposiciones legales aplicables. “EL PRESTADOR” se compromete a eximir y liberar de cualquier responsabilidad a “EL INSTITUTO”, por los conceptos previstos en la presente cláusula.

VIGÉSIMA SEXTA. ACCIÓN DE SUPERVISIÓN Y EVALUACIÓN. “EL INSTITUTO” queda facultado para realizar las acciones de supervisión, evaluación y control de los servicios prestados, utilizando los medios e instrumentos administrativos y técnicos que para tal propósito “EL INSTITUTO” determine, por lo que “EL PRESTADOR” permitirá en cualquier momento el libre acceso, en horas y días hábiles, a la Jefa del Departamento de Guarderías, las Coordinadoras y

doras Zonales, el personal comisionado por la Coordinación de Guarderías o cualquier otra persona física o moral que el Instituto determine ya sea conjunta o separadamente, las que se identificará con credencial oficial y mediante oficio de presentación, el cual será firmado ya sea por el Delegado Estatal del IMSS, la Titular de la Coordinación de Guarderías, por el Jefe de Servicios de Prestaciones Económicas y Sociales o en su caso, alguna entidad fiscalizadora, mismo que será entregado a “EL PRESTADOR” por única vez y tendrá vigencia en tanto no sea modificado o revocado por “EL INSTITUTO”.

VIGÉSIMA SÉPTIMA. INFORMES. “EL PRESTADOR” deberá rendir a “EL INSTITUTO”, los informes relativos a la operación del servicio de guardería, objeto del presente instrumento legal, con la periodicidad y características que “EL INSTITUTO” determine. Asimismo, “EL PRESTADOR” deberá aplicar los indicadores de desempeño e informará de los resultados a “EL INSTITUTO” en los términos que éste determine.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. TERMINACIÓN ANTICIPADA. “EL INSTITUTO” podrá dar por terminado en forma anticipada el presente contrato, cuando concurran razones de interés general o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los servicios contratados, y se demuestre que, de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría un daño o perjuicio a “EL INSTITUTO”, sin que por ello incurra en responsabilidad alguna, en cuyo caso “EL INSTITUTO” deberá notificar por escrito a “EL PRESTADOR” una vez que ocurra este supuesto y en caso de ser factible, con 15 días naturales de anticipación.

CUADRAGÉSIMA. INTERPRETACIÓN Y SOMETIMIENTO. Las partes se obligan a sujetarse estrictamente para la ejecución de los servicios objeto de este contrato, a todas y cada una de las Cláusulas que lo integran, así como a lo dispuesto por la Ley del Seguro Social, el Reglamento para la Prestación de Servicio de Guardería, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el Código Civil Federal, la Ley Federal de procedimiento Administrativo, Código Federal de Procedimientos Civiles así como a la normatividad administrativa e institucional que le sean aplicables.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA. COMPETENCIA. Para la interpretación, cumplimiento y ejecución de este contrato, así como para todo aquello que no esté estipulado en el mismo, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales Federales competentes con asiento en la Ciudad de Hermosillo, Sonora, con renuncia expresa a cualquier fuero que pudiera corresponderles por razón de sus domicilios presentes, futuros o por cualquier otra causa.

Ahora bien, lo interesante para nuestro análisis, más allá de los aspectos formales del contrato, es la identificación de una serie de irregularidades que se fueron tejiendo alrededor del instrumento, durante el proceso de adjudicación y ejecución del mismo. Se trata de irregularidades que manifiestan cierto tipo de ambiente cultural, político y administrativo. Más en general, ejemplifican todo un contexto dentro del cual se suscribió el contrato, contexto que, cabe suponer, es el mismo en el que se suscriben muchos de los convenios o contratos de subrogación de guarderías (y de otros servicios públicos) en México.

2. Irregularidades encontradas por la CNDH en relación con el contrato de subrogación celebrado entre el IMSS y la Guardería ABC

La recomendación 49/2009 de la CNDH documentó una serie de irregularidades en relación con la suscripción del “contrato”¹⁶⁵ de subrogación. Consideramos que su examen es esencial para entender todas las implicaciones relevantes para la discusión que desarrollamos en el presente trabajo, por lo que nos permitimos transcribir *in extenso* la parte correspondiente de la referida recomendación:

- A. El 27 de marzo de 2001, PR17 y PR20, requirieron al doctor SP1, Delegado del IMSS en el Estado de Sonora, la autorización

¹⁶⁵ El artículo 213 de la LSS habla de “convenios” de subrogación. La recomendación de la CNDH se refiere al “contrato” de subrogación, por así denominarse precisamente el título que habilitó a la Guardería ABC para prestar el servicio correspondiente

para el establecimiento de una guardería, en atención al Esquema de Guarderías Vecinal Comunitaria, externando su intención de adecuar un local para su funcionamiento, acatando las normas y disposiciones establecidas en dicho esquema, indicando que el local se ubicaba en las calles de Ferrocarrileros y Mecánicos en la Colonia Y Griega, en Hermosillo, Sonora.

Posteriormente, el 9 de mayo de 2001, PR17 y PR20, constituyeron la Sociedad Civil denominada “Guardería ABC, S.C.”, con un capital social de \$50,000.00 pesos, designándose un Consejo de Administración.

Así, mediante oficio 270501613200/19311, del 11 de mayo de 2001, el Jefe de Prestaciones Económicas y Sociales en la Delegación del IMSS en el Estado de Sonora, informó a PR16, Presidente del Consejo de Administración de la Guardería ABC, S.C., que su proyecto para la instalación de una guardería del Esquema Vecinal Comunitario con capacidad para 170 niños había sido aprobado por esa Jefatura para el inicio de operaciones en ese año, por lo que le pidió informara la fecha de inicio de las mismas, petición que se reiteró por oficio 270501613200/23779 del 6 de junio de 2001.

En atención a lo anterior, por escrito sin fecha, PR21, en su carácter de Secretario del Consejo de Administración de la Guardería ABC, S.C., envió al IMSS diversa documentación relativa al inmueble donde se establecería la guardería, acompañando al mismo el plano arquitectónico, licencia de uso de suelo, contrato de arrendamiento, plantilla de personal y distribución de horarios y dictamen técnico de seguridad.

Por su parte, el Director General de Desarrollo Urbano y Obras Públicas del Municipio de Hermosillo, Sonora, comunicó al representante legal de la Guardería ABC, S.C., mediante oficio DUYOP/3995/2001 de fecha 2 de agosto de 2001, el otorgamiento de la licencia de uso de suelo, condicionada a que se contara con un área de estacionamiento, según lo establecido por la fracción V del artículo 33 del Reglamento de Construcción para dicho Municipio.

Asimismo, mediante oficio DUYOP/3996/2001 de la misma fecha, la citada autoridad aprobó el anteproyecto para el predio ubicado sobre la calle Mecánicos y Avenida de los Ferrocarril-

leros de la Colonia Y Griega, por considerar que reunía los requerimientos técnicos para el funcionamiento de una guardería, debiendo respetar las disposiciones establecidas en la licencia de uso de suelo otorgada mediante oficio DUYOP/3995/2001.

Posteriormente, a través del diverso 09E1613200/437 del 2 de marzo de 2002, el Titular de la Coordinación de Guarderías del IMSS en el Distrito Federal, notificó a los Delegados Estatales, Regionales y del D.F., que la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, a través del oficio UNAOPSPF/309/AD/0-1125/2001, emitió una opinión con relación a la contratación de los servicios de guardería, señalando que dichos servicios tendrían que contratarse mediante los procedimientos previstos en el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, pudiendo ser bajo el supuesto de excepción contemplado en la fracción III, del artículo 41 del citado ordenamiento, considerándose factible que la autorización del procedimiento respectivo lo emitiera el Comité Institucional de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del IMSS, lo que motivó que en la sesión 2/2002 (extraordinaria) del citado Comité realizada el 7 de marzo de 2002, a través del acuerdo No. 16 de la misma fecha, se considerara procedente la contratación directa por adjudicación, debiendo suscribir los contratos el Delegado correspondiente e informar de las contrataciones al Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Delegación.

El 31 de octubre de 2003, el apoderado legal del IMSS, el Jefe Delegacional de Prestaciones Económicas y Sociales, la Titular de la Coordinación de Guarderías del IMSS y el representante legal de la Guardería ABC, S.C., suscribieron un nuevo contrato en virtud de que por acuerdo 602/2002 del 13 de noviembre de 2002, en relación con el diverso 159/2003 del 23 de abril de 2003, el Consejo Técnico del IMSS autorizó se realizaran contratos multianuales; asimismo, el Comité Institucional de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios en su sesión ordinaria 11/2003 autorizó procedente la adjudicación directa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, fracción III, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

El 5 de septiembre de 2006, se suscribió un convenio modificatorio respecto de la vigencia del contrato del 31 de octubre al 31

de diciembre de 2006, firmándolo el Director General del IMSS, el Director Jurídico y la Coordinadora de Guarderías del IMSS, así como el Delegado Estatal de ese Instituto en Sonora y la representante legal de la Guardería ABC, S.C.

El 8 de noviembre de 2006, la Titular de la Coordinación de Guarderías del IMSS en el Distrito Federal, sometió a consideración del Comité Institucional de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, la procedencia de un dictamen en el cual quedó bajo la responsabilidad de la Coordinación de Guarderías, dependiente de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS, las Delegaciones Estatales, Regionales y del Distrito Federal, efectuar la contratación multianual de la prestación del servicio de guardería del Esquema Vecinal Comunitario único para garantizar la continuación de los servicios, aplicando para ello el procedimiento de adjudicación directa.

En ese orden de ideas, de las evidencias que se allegó esta Comisión Nacional se desprenden lo siguiente:

a) El plano arquitectónico del inmueble que el representante legal de la Guardería ABC, S.C., presentó al Instituto Mexicano del Seguro Social mediante escrito sin fecha, con el propósito de cubrir los requisitos establecidos en las Bases para la Subrogación de Servicios de Guardería del Esquema Vecinal Comunitario y en el cual se especificaron las áreas con que contaría dicho inmueble; sin embargo, consta en el mismo una anotación en la que se señala la carencia de estacionamiento, siendo que al momento en el que se suscitó el siniestro del 5 de junio de 2009, dicha área se encontraba ocupada por el almacén de papelería del Gobierno del Estado, con lo cual implicó un incumplimiento a lo establecido por la fracción V del artículo 33 del Reglamento de Construcción para el Municipio de Hermosillo, Sonora, que establece que la Dirección General de Desarrollo Urbano y Servicios Públicos del Municipio de Hermosillo, Sonora, expedirá las constancias de zonificación en las que se indique el área de estacionamiento con que deberán contar las edificaciones que se pretendan construir, situación que fue corroborada con la declaración de E32, asistente educativo del Área de Lactantes A y B de la citada Guardería, rendida el 9 de junio de 2009, ante el agente del Ministerio Público del fuero común en el Estado de Sonora, en la que indicó que la

guardería carecía de un estacionamiento propio para el personal y usuarios, por lo que debían estacionarse en las calles vecinas o enfrente a la Guardería.

b) De acuerdo a lo dispuesto en el apartado 1, de las Bases para la Subrogación de Servicios de Guardería del Esquema Vecinal Comunitario, expedidas por la Coordinación de Guarderías de la Dirección de Prestaciones Económicas y Sociales del IMSS en el mes de mayo de 1999, la delegación estatal certificaría mediante escrito la existencia de la demanda suficiente del servicio de Guardería en la localidad y zona propuesta del ofertante para la instalación de la unidad, con el propósito de asegurar la óptima ocupación de la guardería y el máximo beneficio a la población asegurada con derecho a los servicios.

Sin embargo, no obra dentro de las constancias remitidas por el Instituto Mexicano del Seguro Social, documento alguno en el que se acredeite la existencia de la demanda que motive el servicio de guardería y no obstante ello, con fecha 11 de mayo de 2001, el Jefe de Prestaciones Económicas y Sociales de la Delegación Estatal de Sonora del propio Instituto, comunicó al apoderado legal de la guardería que el proyecto propuesto para la instalación de una guardería quedaba aprobado por esa Jefatura de Prestaciones Económicas y Sociales.

c) Por otra parte, el Punto 2 de las Bases para la Subrogación de Servicios de Guardería del Esquema Vecinal Comunitario establecen que la Carta de Intención y Oferta del Servicio de Guarderías debería estar elaborada en hoja membretada de la empresa, a fin de que el IMSS verificara que la razón social correspondiera a la escritura constitutiva de la misma, debiendo además acompañar la licencia sanitaria, de uso de suelo de funcionamiento, dictamen estructural del inmueble, exposición fotográfica del inmueble y dictamen técnico de seguridad.

Contrario a ello, de las constancias allegadas a esta Comisión Nacional se desprende que el 27 de marzo de 2001, PR17 y PR20, en su carácter de personas físicas, solicitaron al entonces Delegado del IMSS en el Estado de Sonora, la autorización para el establecimiento de una guardería, en función al esquema de Guardería Vecinal Comunitaria, externando su intención de adecuar un local para su funcionamiento y acatar las normas y disposiciones

establecidas en dicho esquema, expresando que el inmueble se ubicaba en las calles de Ferrocarrileros y Mecánicos en la Colonia Y Griega, en Hermosillo, Sonora, aún sin contar la citada hoja membretada, toda vez que fue hasta el 9 de mayo de 2001, cuando se suscribió el contrato constitutivo de Sociedad Civil “Guardería ABC, S.C.”, sin que pase desapercibido que tampoco contaban con el inmueble ofrecido, toda vez que fue hasta el 21 de junio de 2001 que se celebró el contrato de arrendamiento del local donde se habilitó la Guardería ABC, S.C.

d) Asimismo, las citadas Bases establecen en su punto 2.3, que los inmuebles propuestos por los ofertantes deberán ser evaluados por las instancias delegacionales del IMSS, considerando que las edificaciones funcionaran o pudieran operar como guardería en inmueble ex-profeso o casa-habitación adaptada y estar alejada de zonas que presentaran entre otras, vías rápidas o carreteras, gasolineras o cualquier otra circunstancia que constituyera algún motivo de riesgo, además de contar con todos los servicios municipales entre los que se encuentran agua, energía eléctrica, alumbrado público, banquetas, guarniciones, entre otras.

Lo anterior, se puede presumir, no fue efectuado por el IMSS, en razón de que no obra documento alguno que lo acredite ya que la ubicación del inmueble que ocupó la guardería se encuentra a unos metros del Periférico Sur y colinda con un expendio de llantas instalado antes que la propia guardería se estableciera, además meses después de la existencia de ésta se instaló un expendio de gasolina; aunado a que en la actualidad como los medios de comunicación han reportado, parte del frente del inmueble sobre la calle de Mecánicos no cuenta con banqueta y por el lado de la calle de Ferrocarrileros no hay banqueta ni guarnición ni calle pavimentada, lo cual también quedó evidenciado en las impresiones fotográficas tomadas por personal de esta Comisión Nacional.¹⁶⁶

Lo que esta reseña extraída de la recomendación de la CNDH nos dice, es que el convenio o contrato de subrogación en el presente caso, lejos de funcionar bajo una concepción de “regulación por contrato” que salvaguarde el interés público, funcionó

¹⁶⁶ CNDH, Recomendación 49/2009 publicada el 3 de agosto de 2009.

como un mecanismo para “desresponsabilizar” a actores estatales y a particulares involucrados en el esquema de subrogación de la guardería. El cúmulo de irregularidades que documenta la recomendación de la CNDH,¹⁶⁷ cometidas en torno y en relación con el “contrato” de subrogación (desde la adjudicación hasta las condiciones de ejecución del mismo), evidencian un esquema que, para aludir a la metáfora antes empleada, podría denominarse “espacio desregulatorio”.

¿Se trata de una falla inherente al régimen de subrogación? Dudamos que así sea. Es decir, no consideramos que el régimen de subrogación, en abstracto, en todo caso, necesariamente deba llevar a un escenario del “espacio desregulatorio” arriba referido, ni a “desresponsabilizar” a los actores estatales y no estatales involucrados en el esquema de subrogación. Más bien, lo que se plantea en este trabajo es que la falla deriva de las prácticas de adjudicación y ejecución de los contratos; de la ausencia de mecanismos de control, supervisión, monitoreo y rendición de cuentas en relación con dichos contratos. La falla deriva en gran parte de la ausencia de las condiciones que la OCDE ha señalado como necesarias para que este tipo de esquema genere “beneficios reales”,¹⁶⁸ como lo ilustra y confirma un análisis elaborado por la Auditoría Superior de la Federación, al que nos referiremos en el siguiente apartado.

V. LOS CONVENIOS DE SUBROGACIÓN COMO “ÁREAS DE OPACIDAD” EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

En nuestra discusión, y vinculado con nuestras observaciones precedentes, resulta importante examinar ahora un documento producido por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), en el cual incluye a los “fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos” como “áreas de opacidad” en la administración pú-

¹⁶⁷ Aquí nos hemos referido tan sólo a algunas de ellas.

¹⁶⁸ Véase *supra*, p. 38.

blica de la federación. Es decir, áreas en las que no se ejerce el control y rendición de cuentas en el manejo de recursos públicos federales de manera adecuada.¹⁶⁹

En su diagnóstico, la ASF señala que los fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos se han constituido en importantes instrumentos financieros en la administración pública que manejan cuantiosos recursos públicos. Asimismo, destaca el documento que estas figuras son ya sujetas de fiscalización, gracias a la nueva normativa en materia de fiscalización superior de la Federación, que tuvo como propósito fundamental explicitar que las atribuciones de revisión y fiscalización comprendan la administración y ejercicio de toda clase de recursos federales, independientemente de quién los ejerza.¹⁷⁰ Dicha normativa se apoyó en la consideración de que una gran parte de recursos públicos quedan ajenos a los procedimientos de fiscalización, en virtud de que un número importante de fideicomisos, fondos y mandatos que operan exclusivamente con fondos federales no rinden cuentas, ya que no se incluye el resultado de sus operaciones dentro de la cuenta pública que presenta el Ejecutivo federal a la Cámara de Diputados, situación que neutraliza, en los hechos, la facultad exclusiva de la propia Cámara de vigilar el origen, administración y destino de los recursos públicos.¹⁷¹

En este tema, es esencial tener una idea clara de los términos relativos a las facultades de control que ejerce la ASF, por lo que transcribimos íntegro el artículo 37 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas vigente:

Artículo 37. La Auditoría Superior de la Federación fiscalizará directamente los recursos federales que administren o ejerzan

¹⁶⁹ Auditoría Superior de la Federación, *Áreas de opacidad y riesgo en el Estado federal mexicano, Oportunidades de mejora*, México, 2008.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 11-13.

¹⁷¹ Se refiere a la aprobación de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas publicada en el *DOF* el 29 de mayo de 2009, que abrogó la Ley de Fiscalización Superior de la Federación (publicada en el *DOF* el 20 de diciembre de 2000).

las entidades federativas, los municipios y los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, con excepción de las participaciones federales; asimismo, fiscalizará directamente los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, mandatos, fondos o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en otras leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

Para el cumplimiento de las atribuciones establecidas en el párrafo anterior y en términos de la fracción XIX del artículo 15 de la presente Ley, la Auditoría Superior de la Federación podrá celebrar convenios con los gobiernos de las entidades federativas, legislaturas locales, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las entidades de fiscalización superior, con el objeto de que colaboren con aquélla en la verificación de la aplicación correcta de los recursos federales recibidos por dichos órdenes de gobierno, conforme a los lineamientos técnicos que señale la Auditoría Superior de la Federación. Dichos lineamientos tendrán por objeto mejorar la fiscalización de los recursos federales que se ejerzan por las entidades federativas, por los municipios y por los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, incluyendo a sus administraciones públicas paraestatales y paramunicipales.

Los lineamientos comprenderán además, la verificación del desempeño y la comprobación de la aplicación adecuada de los recursos que reciban las personas físicas o morales, públicas o privadas, en concepto de subsidios, donativos y transferencias otorgados por las entidades federativas, los municipios y los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal con cargo a recursos federales.

La Auditoría Superior de la Federación establecerá los sujetos, objetivos, alcance y procedimientos de las auditorías y estructura de los informes de auditoría a practicar sobre los recursos federales entregados a entidades federativas, municipios y los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, para asegurar una rendición de cuentas oportuna,

clara, imparcial y transparente. El conjunto de los términos acordados con las entidades de fiscalización de las entidades federativas no podrán ser inferiores a los determinados en la ley.

En el caso de que las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas detecten irregularidades que afecten el patrimonio de la hacienda pública federal, deberán hacerlo del conocimiento inmediato de la Auditoría Superior de la Federación, para que en términos de la presente Ley inicie la responsabilidad resarcitoria correspondiente y promueva las responsabilidades civiles, penales, políticas y administrativas a las que haya lugar.

La Auditoría Superior de la Federación verificará que las entidades fiscalizadas lleven el control y registro contable, patrimonial y presupuestario de los recursos de la Federación que les sean transferidos y asignados, de acuerdo con las disposiciones aplicables.

Ahora bien, con base en estas facultades, la ASF realizó una evaluación sobre el tipo de figuras referido, a raíz de la cual detectó una serie de “debilidades” como las siguientes:

- El sistema no tiene registrado el universo total de este tipo de figuras jurídicas, ya que los poderes Legislativo y Judicial, así como los órganos constitucionalmente autónomos, no están obligados a reportar, en dicho sistema, los actos jurídicos que constituyen.
- El sistema operado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no dispone de un mecanismo que garantice que las dependencias y entidades den de alta la totalidad de estas figuras jurídicas.
- Se detectaron fallas en la operación del sistema, al no contar con datos y soporte documental respecto de la renovación de la clave de registro de algunos de estos instrumentos.
- El diseño del sistema no considera la emisión de reportes globales sobre los activos, pasivos y patrimonio del conjunto de figuras jurídicas. Al respecto, se recomendó

establecer la obligatoriedad de dictaminar los estados financieros de estas figuras jurídicas por parte de auditores externos.

- El número de figuras jurídicas vigentes y no vigentes que en 2004 eran de 1,387, se incrementaron en 2005 a 1,409, y el monto de sus activos pasó de 675 mil millones de pesos a 742 mil millones, equivalentes al 8.9% del PIB.

Por otra parte, señala el documento de la ASF que de las revisiones efectuadas en cuentas públicas anteriores sobre la situación que guardan estos instrumentos se detectaron las siguientes debilidades de carácter general:

- Del total de fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos registrados en el sistema, el 49% no se encuentran ya vigentes, por haberse dado de baja, por haberse extinguido, o bien por encontrarse en su proceso de terminación.
- Del resto de instrumentos que aún están vigentes, el 85% tiene vigencia indefinida, debido a que la normativa presupuestaria no establece plazos de vigencia, situación que contraviene su propia naturaleza relativa a la anualidad.
- Se observó que no se cuenta con un adecuado control y seguimiento global de los recursos federales aportados a estos instrumentos, así como de su adecuado reintegro al erario cuando son extinguidos o cancelados.¹⁷²

Por todo lo anterior, la ASF reiteró la apremiante necesidad de continuar impulsando una mayor transparencia en la operación de estos instrumentos, tanto en los tres poderes de la Unión como en los entes constitucionalmente autónomos. Asimismo, señaló que es necesario incorporar todas las figuras constituidas en el sistema de registro, fortalecer los controles y supervisión de su administración, y propiciar, sin excepciones, la rendición de cuen-

¹⁷² *Ibidem*, pp. 12 y 13.

tas y la fiscalización del uso y destino de los recursos públicos asignados a los fideicomisos, fondos, mandatos y contratos análogos, incorporando los resultados de su ejercicio en las cuentas públicas anuales.¹⁷³

Por otro lado, en una segunda versión (ampliada) del mismo documento,¹⁷⁴ la ASF es más específica, al desarrollar toda una reflexión de diagnóstico acerca de la regulación y supervisión del estado sobre la “delegación” y “autorizaciones” a particulares de responsabilidades y tareas públicas. En este sentido, el documento observa que ante la complejidad que han registrado las relaciones económicas y sociales, así como la diversificación de los agentes que intervienen en los diversos sectores de la administración pública federal, está presente un significativo proceso de delegación de actos jurídicos y de autorizaciones a particulares para participar en áreas estratégicas reservadas al Estado, a través de distintos instrumentos, tales como concesiones, permisos, contratos y licencias, principalmente. Sin embargo, también aclara la ASF que el Estado federal mexicano, al delegar actos y funciones que son de su exclusiva competencia, es responsable de regular, normar y verificar, mediante ordenamientos legales y acciones de vigilancia, las actividades que, con su autorización, desarrollan los particulares, cuidando que los intereses privados no se privilegien sobre el interés público.¹⁷⁵

Después de dar ejemplos de una serie de actividades en las que se ha dado este tipo de “autorizaciones” a particulares,¹⁷⁶ reflexiona la ASF que el cúmulo de autorizaciones y de actos delegatorios

¹⁷³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷⁴ Auditoría Superior de la Federación, *Áreas de opacidad y riesgo en el Estado federal mexicano. Oportunidades de mejora*, México, 2009, pp. 68-72.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 68.

¹⁷⁶ Tales como autorizaciones efectuadas para la operación de instituciones financieras; para la prestación de servicios públicos en materia de ferrocarriles, carreteras y transporte aéreo; para la exploración y explotación minera; para el uso y disfrute de las áreas federales (playas); para la explotación, uso y aprovechamiento de aguas nacionales; para la generación de energía eléctrica; para la prestación de servicios de seguridad privada; para la impartición del servicio

emitidos es tan extenso, que supondría que el universo de reguladores, supervisores, visitadores e inspectores debiera ser, proporcionalmente, igual de amplio además de especializado, con el fin de brindar al Estado una confianza razonable de que los particulares, efectivamente, cumplen con la normativa que rige las funciones a ellos confiadas y con las obligaciones establecidas en los títulos o instrumentos de autorización expedidos.¹⁷⁷

Sin embargo, observa la ASF con preocupación la presencia de importantes debilidades en los procesos de autorización, regulación y supervisión de diversos actos transferidos a particulares, entre las cuales destacan las siguientes:

- En el otorgamiento de las autorizaciones no siempre se observa el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa.
- Los servidores públicos que participan en los procedimientos de otorgamiento de estas autorizaciones, en ocasiones, desconocen la legislación que los regula.
- Escasa supervisión por parte de las autoridades para exigir el puntual cumplimiento de las obligaciones de los particulares debido a la falta de personal capacitado, ya que las áreas encargadas de esta función han sido las más afectadas por los procesos de recorte de personal; esto ha ocasionado que en algunos casos la capacidad de supervisión sólo alcance el 1 o 2% del universo por supervisar.
- Falta de infraestructura para el establecimiento de controles que permitan una adecuada y eficiente supervisión por parte del Estado.
- Percepción de prácticas irregulares por parte del personal que desarrolla funciones de supervisión, lo cual le facilita al particular eludir, en muchas ocasiones, el cumplimiento de sus obligaciones sin ser sancionado.

público de educación y salud; para el uso y disfrute del espectro radioeléctrico; y para el uso de monumentos arqueológicos, entre otras.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 69.

- Por último, las auditorías han evidenciado que los concesionarios y permisionarios son omisos en el cumplimiento de sus obligaciones; que además de exigua, la supervisión es deficiente; que en el caso de sanciones administrativas y fiscales, no existe un adecuado seguimiento, y las que se imponen no siempre se ejecutan, debido a deficiencias y violaciones en el procedimiento, a prescripción de algunas de ellas, o a negligencia y corrupción en general; por último, los créditos fiscales no cuentan con el debido seguimiento por parte de la autoridad sancionadora.¹⁷⁸

Asimismo, y después de citar una serie de casos específicos derivados de la revisión de la cuenta pública de 2007 efectuada por la ASF en los que se documentan diversas irregularidades, la sección respectiva del documento analizado concluye con una referencia directa al caso de la Guardería ABC:

Con base en estos resultados, se requiere reflexionar sobre la importancia de vigilar celosamente el cabal cumplimiento de las obligaciones de los particulares respecto de los actos que el Estado les concede realizar en su nombre, reconociendo, al mismo tiempo, los efectos que éstos tienen en la sociedad y, por consiguiente, la obligada protección que se debe ofrecer a la ciudadanía para evitar cualquier mal uso de las facultades delegadas que obre en su perjuicio, o bien, de cualquier eventualidad que afecte sus derechos e integridad, como fue el caso del siniestro ocurrido en una guardería subrogada del Instituto Mexicano del Seguro Social en el estado de Sonora, la cual no cumplía con las medidas de seguridad requeridas ocasionando la pérdida de la vida de muchos infantes.¹⁷⁹

Por último, y más allá del caso de la Guardería ABC, se pronuncia la ASF por una revisión profunda de las normas y las

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

prácticas que se dan alrededor de la transferencia a particulares de servicios y funciones públicas, en los siguientes términos:

Una inadecuada e insuficiente regulación y supervisión del Estado impacta determinantemente en la economía y en la sociedad en general, genera distorsiones en los objetivos, propósitos y metas de las políticas públicas, propicia la discrecionalidad en las decisiones y autorizaciones, e invita a la negligencia, al dispendio, a la ineficiencia y al mal uso de los recursos públicos, lo que facilita el contubernio y las prácticas de corrupción.

El Estado debe impulsar una administración eficiente de todas las autorizaciones emitidas y contar con personal suficiente y especializado para supervisar, verificar, vigilar, inspeccionar y dar seguimiento al cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de los particulares. Estas tareas deben considerarse estratégicas, toda vez que cuidan la convivencia y el buen uso de los bienes y recursos públicos de todos los mexicanos.

Con base en el objetivo de impulsar la transparencia y la rendición de cuentas en todos los ámbitos de la gestión pública, es imperativa la atención inmediata de esta área de alto riesgo, mediante la aplicación de programas de gran aliento con acciones y mecanismos puntuales orientados a fortalecer las atribuciones de los entes públicos encargados de las funciones de regulación y supervisión de las actividades y procesos que han sido delegados a particulares, teniendo como premisa que ello es, desde cualquier óptica o perspectiva, una responsabilidad insoslayable del Estado Federal Mexicano.¹⁸⁰

El documento de la ASF nos remite a la preocupación por las consecuencias que puede tener el dar por supuestas ciertas condiciones de certidumbre, estabilidad y racionalidad de los actores implícitas en algunas de las políticas públicas implementadas en México para resolver graves problemas sociales. Las peculiaridades de las administraciones públicas de los países latinoamericanos en general, de México en lo particular, obligan a una

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

reflexión sobre la viabilidad de ciertos modelos, en contextos diferentes a los asumidos por muchas propuestas.

En el caso específico de los convenios de subrogación, y como la ha señalado la OCDE, resulta evidente que en condiciones en las que no existen mercados competitivos entre los oferentes, ni procedimientos de contratación gubernamental abiertos y verificables, ni una sólida experiencia y pericia en la administración de contratos, es muy probable que surjan problemas no esperados ni previstos, en cuanto a la eficacia, la eficiencia y la seguridad para los beneficiarios de dichos servicios.

VI. IRREGULARIDADES EN LOS SERVICIOS DE GUARDERÍAS DE OTROS PROGRAMAS GUBERNAMENTALES

Por último, y para completar nuestro cuadro analítico, debemos señalar que en otro documento la ASF da cuenta del Programa de Guardería y Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras, creado por la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL),

con el objetivo de disminuir la vulnerabilidad de los hogares en condiciones de pobreza, en los que la jefatura de una familia con niños entre uno o dos años 11 meses de edad recae en una madre trabajadora o que está buscando trabajo, o bien de un padre solo. El programa brinda al jefe de familia un espacio seguro para el cuidado de sus hijos, para que tenga la oportunidad de trabajar o buscar empleo.¹⁸¹

El régimen de las guarderías y estancias incorporadas a este programa es distinto al de las guarderías subrogadas del IMSS. Incluye tres modalidades distintas. Una de ellas es de “Apoyo a madres y padres trabajadores”, la cual se enfoca en brindar un

¹⁸¹ Auditoría Superior de la Federación, *Informe del resultado de la revisión y fiscalización superior de la cuenta pública*, t. VIII, México, 2007, pp. 103 y ss.

apoyo mensual a los padres de familia (beneficiarios) de hasta 700 pesos por cada niño(a) de entre uno y tres años once meses de edad, inscrito en alguna de las estancias infantiles del Programa. Una segunda modalidad, llamada de “Impulso a los servicios de cuidado y atención infantil”, brinda un apoyo de hasta 35,000 pesos a quien quiera crear una estancia infantil, para la adecuación y equipamiento de los hogares o inmuebles, para el inicio de la operación de la estancia infantil. Asimismo, estas estancias infantiles reciben directamente el apoyo mensual otorgado a los padres de familia beneficiarios de la modalidad de Apoyo a Madres y Padres Trabajadores (que va de 450 a 700 pesos mensuales por cada niño(a) inscrito). Por último, la tercera modalidad, denominada de “Afiliación a la red de Guarderías y Estancias Infantiles”, brinda la oportunidad a las guarderías y estancias infantiles ya establecidas, de afiliarse al Programa, y así formar parte de la red de estancias infantiles. Al afiliarse a la red, las guarderías y estancias infantiles ya establecidas reciben el apoyo mensual otorgado a cada beneficiario de la modalidad de Apoyo a Madres y Padres Trabajadores (de 450 a 700 pesos mensuales por cada niño(a)).¹⁸²

A pesar de que el régimen de las guarderías y estancias infantiles integradas al Programa de Guardería y Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras de la SEDESOL y el de las guarderías subrogadas del IMSS es distinto, resulta interesante analizar el documento de la ASF, pues nos permite apreciar una serie de irregularidades en las que se incurre en el esquema del referido Programa, y que también nos da una idea del contexto administrativo en el que se establecen este tipo de programas.

En su análisis, la ASF dio cuenta de diversas irregularidades, entre las cuales se encuentran las siguientes:

A. El Manual de Organización Específico y el Manual de Procedimientos de la Dirección General de Políticas Sociales (DGPS) no estaban actualizados;

¹⁸² Información tomada de www.trabajo.com.mx/su_estancia_infantil_o_guarderia_con_la_sedesol.htm

B. En el caso de la delegación de Hidalgo, se encontró que se realizaron nueve pagos en demasía al mismo número de guarderías y estancias infantiles por 11.4 miles de pesos, los cuales, al término de la auditoría (diciembre de 2008) no se habían recuperado y reintegrado a la Tesorería de la Federación;

C. En el caso de una guardería y estancia infantil ubicada en el estado de Hidalgo, no se encontró evidencia de la celebración del convenio de concertación y del acta de certificación de acciones que por ley debe existir, en el marco del Programa;

D. En siete guarderías ubicadas en el estado de Hidalgo se encontró la falta del recibo y comprobación del importe otorgado a las responsables de las guarderías y estancias infantiles por concepto de impulso (de hasta 35.0 miles de pesos); falta de anexos técnicos para el pago de los apoyos (de hasta 0.7 miles de pesos); faltas e inconsistencias en listas de los niños y niñas; falta de solicitud de apoyo por parte de la madre o padre de los niños; expedientes extraviados y falta de convenios de terminación anticipada;

E. De la aplicación de cuestionarios a las responsables y asistentes de 10 y 8 guarderías y estancias infantiles, del D.F. y de Hidalgo, respectivamente, así como de la inspección física de dichas estancias, se concluyó lo siguiente:

En cinco casos se encontró que los beneficiarios del programa no requisitan correctamente el “Formato de Control de Asistencias y Cálculo de Subsidios” en virtud de que registran y firman la hora de entrada y salida de los menores por adelantado e inclusive firmaron en días que aún no habían transcurrido; en dos casos, el responsable de la estancia no acreditó la propiedad del inmueble o el contrato de arrendamiento; en dos casos, no se cuenta con suficientes asistentes para el cuidado de los niños; en un caso, al momento de la verificación no se encontró la responsable de la estancia; en otro caso, no se contaba con el botiquín; en un caso, se encontraron contactos eléctricos descubiertos; en dos casos, las responsables no contaron con la preparación mínima necesaria que exigen las Reglas de Operación; en un caso, no se contaba

con el Reglamento Interior; en un caso, el Reglamento Interior no cumplía con los requisitos de las Reglas de Operación y no lo tenían en un lugar visible; y, por último, en un caso, la estancia no mantenía el Reglamento Interior en un lugar visible.¹⁸³

F. A partir de la revisión de 27 expedientes de guarderías y estancias infantiles (16 del D. F.) y 11 de Hidalgo), se observó

que éstos no contaron con toda la documentación requerida, como se menciona a continuación: en cinco casos faltaba el anexo técnico de pago del impulso por 35.0 miles de pesos (formato que sirve para reportar a la DGPS el monto del impulso que deberá pagarse); en 11 casos, el presupuesto para la compra de lo necesario para el inicio de la operación; en seis casos, el reglamento interno de la guardería y estancia infantil; en 17 casos, evidencia de la visita inicial del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF); en nueve casos, la constancia de capacitación inicial de la responsable de la guardería y estancia infantil; en dos casos, el Formato para la Afiliación a la Red de Guarderías y Estancias Infantiles; y, por último, en 18 casos, la Cédula de Información Socioeconómica. Lo anterior contravino el lineamiento IV.16 de los Lineamientos de 2007 para los Programas de Desarrollo Social y Humano y el numeral 4.3.2. de las Reglas de Operación del Programa de Guarderías y Estancias Infantiles para Apoyar a Madres Trabajadoras, para el Ejercicio Fiscal 2007, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 2007 y, reformadas y publicadas en el mismo medio el 15 de enero de 2007.¹⁸⁴

G. Asimismo, a partir de la revisión de los expedientes de los niños y niñas beneficiarios, en el párrafo anterior, la ASF encontró que éstos no contaron con toda la documentación requerida, pues en un buen número de casos faltaban actas de nacimiento, solicitudes de apoyo del beneficiario, declaraciones en escrito simple de la madre o padre de familia responsable, de que trabaja

¹⁸³ *Ibidem*, p. 125.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 133.

o está buscando trabajo; identificaciones oficiales, y fotografías del niño o niña incorporado al programa.¹⁸⁵

Entre las recomendaciones emitidas, la ASF señala que la Secretaría de Desarrollo Social debe fortalecer los mecanismos de supervisión, y verificar que las guarderías y estancias infantiles cumplan con todos los requisitos establecidos en las Reglas de Operación del Programa de Guarderías y Estancias Infantiles para Apoya a Madres Trabajadoras que se encuentren vigentes.

El diagnóstico y análisis de la ASF puede verse como una especie de radiografía de lo que caracteriza en muchos casos al corazón del Estado mexicano: el aparato gubernamental, la administración pública, en todos sus niveles: federal, estatal y municipal. Se trata de una radiografía que muestra varios de los defectos de las administraciones públicas, defectos y vicios que derivan de factores normativos (hay vacíos, lagunas, vaguedades), diseños institucionales inadecuados, falta de infraestructura y de personal suficiente y capacitado para realizar tareas de adopción de medidas, ejecución de políticas públicas, monitoreo, control y supervisión. Todo ello, como lo señala el documento de la ASF, se traduce en la debilidad de los entes públicos. En el agregado, se trata de la debilidad del Estado mexicano. Bajo estas condiciones, vale decirlo, el esquema de “regulación por contrato” no es más que una utopía.

VII. RECAPITULACIÓN

Las actividades realizadas por las guarderías del IMSS constituyen un servicio público. Esto significa que en relación con ellas ha habido un reconocimiento colectivo de la existencia de una necesidad general (de los trabajadores bajo el régimen del IMSS, cuyos hijos requieren ser atendidos durante la jornada de trabajo de los primeros), y una valoración y decisión del Estado (expresada en la Constitución y en la Ley de Seguridad Social) de sa-

¹⁸⁵ *Idem.*

tisfacerla, invistiendo a la administración pública (el IMSS) de potestades para hacerlo.

Sin embargo, como hemos visto lo público no es sinónimo de lo estatal. Es decir, actores privados pueden hacerse cargo de lo público, y el derecho administrativo ha diseñado diversos instrumentos para que ello sea posible. Los regímenes de la llamada “gestión indirecta” de servicios públicos forman parte de dichos instrumentos, y entre ellos se encuentran los convenios de subrogación de las guarderías del IMSS.

Como acto jurídico complejo, la subrogación contiene un elemento reglamentario y un elemento contractual. El primero implica que el IMSS tiene la potestad de regular, controlar, vigilar la prestación del servicio de guarderías, a través, por ejemplo, de normas como el Acuerdo del Comité Técnico del IMSS número 602/2002 del 13 de noviembre de 2002 (modificado por el Acuerdo 159/2003 del 23 de abril de 2003 del propio Comité).

Asimismo, la delegación de la prestación del servicio público, bajo el régimen de subrogación, no implica la delegación de la titularidad de las competencias de la administración pública ni de la responsabilidad, en última instancia, en relación con la calidad, eficiencia y seguridad en la operación del servicio. En este punto, el aspecto reglamentario del régimen de subrogación es esencial para cuidar el elemento “público” en el marco del régimen de subrogación. Es decir, del ejercicio eficaz de esas potestades (de control, vigilancia, monitoreo) depende el cuidado de “lo público” en dicho esquema.

Pero el cuidado de “lo público” también depende del respeto a los principios de concurrencia, isonomía, competencia, imparcialidad, transparencia y publicidad¹⁸⁶ en los procedimientos de adjudicación de los contratos o convenios de subrogación. Dichos principios, articulados dentro de la normativa y el procedimiento de licitación pública, buscan defender y promover el interés público.

¹⁸⁶ Véase *supra*, pp. 79 y 80.

Por ello es que las excepciones a la licitación pública, como la adjudicación directa, deben estar sujetas a un régimen más estricto, en el cual las causales que las permiten se establezcan con mayor precisión, y en el que se exija también que la decisión de adjudicar directamente esté ampliamente justificada en el expediente respectivo. De no existir estas condiciones, se abre la puerta a la desprotección del interés público y a la prevalencia de intereses privados involucrados en la prestación del servicio público subrogado.

En nuestra opinión, lo sucedido en la Guardería ABC no es ajeno a la existencia de un esquema de adjudicación directa basado en causales imprecisas y a la falta de un deber de justificación amplia, relativo a la decisión de optar por esta alternativa, y no por la licitación pública. Asimismo, lo sucedido tampoco es ajeno a la forma en que se ejercen (o se dejan de ejercer) las potestades del IMSS (pero también otras autoridades municipales y estatales), correspondientes al elemento reglamentario del régimen de subrogación (vigilancia, control, monitores y, en su caso, sanción). Todas estas son piezas fundamentales para entender cómo es que se fue integrando un escenario que, junto con otros desafortunados factores, llevaron a la tragedia ocurrida el 5 de junio de 2009 en la Guardería ABC.