

LAS MEJORES PRÁCTICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

Rodolfo CANCINO GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Marco conceptual de las buenas prácticas internacionales.* II. *Las mejores prácticas dentro del Sistema Nacional Anticorrupción en México.* III. *Las mejores prácticas en la OCDE.* IV. *La OCDE y el combate al soborno.* V. *Recomendaciones de la OCDE para mejorar el marco jurídico mexicano en materia de contratación pública.* VI. *Conclusiones.*

I. MARCO CONCEPTUAL DE LAS BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES

El Estado, como forma de organización política, tiene como premisa fundamental alcanzar el bienestar común, y satisfacer las necesidades de la sociedad. Es el poder político que diseña e interpreta a su modo el tinglado normativo. Utiliza la maquinaria normativa para alcanzar sus fines. En materia de contratación pública, en la medida en que para que funcione la ecuación entre presupuesto/necesidad, es decir, satisfacer las verdaderas necesidades mediante el dinero público se estará cumpliendo con sus fines constitucionales. Sin embargo, lo primero que debe hacerse es delimitar qué se entiende por “necesidad”, a través de una evaluación objetiva para ser más eficiente y eficaz el procedimiento de contratación pública.

En el Estado, a través de su estructura orgánica, orbitan varios mecanismos de financiamiento para atraer recursos. El sistema tributario se nutre de los montos recaudados por el cobro de contribuciones, ya sea por impuestos, pago de derechos, el cobro de multas, entre otros, o puede ser de manera distinta y extraordinaria, como la expropiación, líneas de financiamiento externo y/o empréstitos internacionales.

* Doctor en derecho; profesor e investigador titular de tiempo completo, Facultad de Derecho, UNAM.

Si bien el Estado compra o adquiere los bienes y servicios, por lo tanto celebra distintos tipos de contratos, ya que a partir de ellos adquirirá los medios suficientes para poder satisfacer sus necesidades, que se traducen en la atención y solución de la necesidad social. Debe quedar claro que al celebrar un contrato, la administración pública no pretende lucrar, ya que responde al interés u orden público.¹

Es un hecho que la contratación pública, no sólo de México, sino de todos los países del mundo, está contaminada en mayor o menor nivel por la corrupción, la colusión, el soborno y la complicidad de los operadores jurídicos en todo el procedimiento de contratación, que va desde la licitación pública hasta la adjudicación y formalización de los contratos. En este sentido, el presente artículo no pretende ahondar las causas y efectos que provoca este fenómeno social, que tiene altos costos económicos en detrimento de los consumidores nacionales, sino que pretende analizar las denominadas “mejores prácticas internacionales” y las nuevas formas de cómo combatirlo y enfrentarlo. Esto significa que dentro de las organizaciones internacionales, se enfoca a la contratación pública con la lupa de la anticorrupción, es decir, existe un reconocimiento previo de que se hacen mal las cosas, por lo que exige la existencia de parámetros, referencias, recomendaciones y principios para limpiar el procedimiento de contratación pública de elementos y factores de causa-efecto en la corrupción.

Como ha advertido Julio Barberis, el “orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.² Así, la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos, o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional.³

¹ Lo cual resulta ser incierto, pues el que se responda al orden u interés público el acto administrativo, en este caso un contrato, se deja a la subjetividad tanto del ente que lo ejecuta y celebra, como al que califica en caso de controversia lo cual se hace patente en la siguiente tesis con rubro “ORDEN PÚBLICO, ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL”.

² Barberis, Julio, *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo Depalma, 1994, p. 257.

³ Toro Huerta Mauricio Iván del, “El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano del Derecho Internacional*, UNAM, vol. VI, p. 6.

Hasta ahora no existe una definición consensuada a nivel internacional, y menos en la legislación nacional sobre “mejores prácticas”, que cae dentro del *soft law*. Ello no obsta para entender que una “buena práctica” es hacer las cosas desde otro enfoque, bajo una nueva perspectiva, mediante recetas previamente acordadas en el seno de las organizaciones internacionales. Partiendo de la base de que no existe una definición de las buenas prácticas, y menos prevalece un concepto avalado en los instrumentos jurídicos de la materia. No se trata de un concepto estático, sino dinámico, que va acorde con los cambios y mejoras regulatorias resultantes de las negociaciones y resoluciones que se adoptan en las organizaciones internacionales, las cuales ponderan y valoran las experiencias de los casos concretos que se analizan dentro de los mecanismos de solución de diferencias, en las rondas de negociación o propuestas específicas que realizan los países para dar mayor certidumbre jurídica en la operación.

Si partimos de la premisa de que la corrupción es una enfermedad que corroe el procedimiento de contratación, el antídoto contra ella son las mejores prácticas que recogen las experiencias de países que tienen mecanismos ad hoc de operación y aplicación en el tema. En este contexto, se encuentran las organizaciones internacionales, que cada día van produciendo nuevas reglas o mejores prácticas para la contratación pública, o sea, es un proceso inacabado que genera nuevas directivas para hacer más eficiente y eficaz los procedimientos. Por ejemplo, a nivel internacional destacan en materia de corrupción la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, y principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde existen directrices, procedimientos, lineamientos específicos para armonizar la ley nacional con la norma internacional, con el fin de paliar las conductas ilícitas o irregulares en sus distintos niveles o gradualidades o para fincar o deslindar responsabilidades.

Las mejores prácticas internacionales son instrumentos contenidos en un orden jurídico superior, que puede innovar y contribuir a la mejora de procesos y procedimientos en materia de contratación pública. En consecuencia, para lograr resultados a nivel interno es importante uniformar y exigir la utilización de las mejores prácticas a nivel central, estatal y municipal, para hacer mejor las cosas.

En este sentido, como afirma Alberto Biglieri, en nuestros tiempos existe la “pérdida de competencias legislativas de los congresos nacionales a

manos de los supranacionales...”,⁴ pero esto se ha dado por la incapacidad de las autoridades para generar un marco normativo moderno y eficiente con relación a las mejores prácticas, que si bien no tienen un carácter vinculante, sino más bien influyente, en la armonización dentro de sus estructuras nacionales o subnacionales de la contratación pública, en sus distintos tipos y modalidades.

El derecho indicativo, o *soft law*, es una nueva herramienta disciplinaria, que orienta la normativa y la resolución de los conflictos en la contratación pública, sin que tenga un carácter vinculante, donde impera una recomendación internacional sobre la norma nacional, aun cuando en ambos niveles no exista una definición o una conceptualización de lo que representan las mejores prácticas y sus implicaciones en la operación y funcionamiento en la contratación pública.

Sobre el pretendido valor de las resoluciones de organismos internacionales, instrumentos jurídicos asociados tradicionalmente con el término *soft law*, se considera que no constituyen “fuentes” formales del derecho internacional, aunque no por ello deban ser ignoradas. Esto no significa que exista un sistema escalonado de normas internacionales; por tanto, las resoluciones de organizaciones internacionales no suponen la existencia de una nueva categoría de normas, sino la constatación de un proceso de producción normativa basado en la distinción entre *lex lata* y *lege ferenda*.⁵

Si es difícil conceptualizar las buenas prácticas, aún más complicado resulta determinar la cobertura y alcance del *soft law*, considerando que para algunos tratadistas puede ser una fuerte formal del derecho. Las mejores prácticas calibran su verdadera efectividad dependiendo de la fuerza normativa y viabilidad de aplicación de todos esos principios, reglas, lineamientos, directivas, recomendaciones en cada uno de los regímenes jurídicos. Es claro que si no tienen efecto vinculante, sino meramente referencial, no dejan de producir efectos jurídicos, que pueden incidir en la modificación o la incorporación de sus directrices en las leyes nacionales.

Este fenómeno jurídico denominado *soft law* envuelve una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de

⁴ Biglieri Alberto, “Del derecho global de las contrataciones públicas y su recepción local”, *Revista Contratación Administrativa*, núm. 147, febrero de 2017, p. 116.

⁵ Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, núm. 77, 1983, pp. 415-419.

determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, decisiones, lineamientos, etcétera.⁵² Es un menú amplio de instrumentos internacionales que se enmarcan dentro del denominado *soft law*, que hacen de él un concepto demasiado amplio para dotarlo de un sentido único en el discurso del derecho internacional. Tal parece que el dato unificador es aquel que se refiere a sus efectos no obligatorios.

II. LAS MEJORES PRÁCTICAS DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO (SNAM)

El Sistema Nacional Anticorrupción en México (SNAM) se integra por:

- i) el Sistema Nacional Anticorrupción
- ii) el Sistema Nacional de Rendición de Cuentas
- iii) el Sistema Nacional de Fiscalización
- iv) el Sistema Nacional de Transparencia
- v) el Sistema Nacional de Contabilidad Gubernamental
- vi) Sistema Nacional de Presupuestación y Deuda Pública y
- vii) los Sistemas de Adquisiciones y Obras Gubernamentales

En cada uno de estos sistemas, sus integrantes serán los titulares de la

- Auditoría Superior de la Federación
- Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción
- Secretaría de la Función Pública
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y un representante del
- Consejo de la Judicatura Federal, y otro del Comité de Participación Ciudadana⁶

En suma son doce integrantes del SNAM, considerando que cada una de las dependencias tiene un solo representante, mientras que el Comité de Participación Ciudadana tiene cinco.

En los artículos transitorios del decreto por el que se establece el SNAM existe la obligación principal del Congreso de la Unión y de las legislaturas

⁶ Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de las entidades federativas, de expedir las leyes y realizar las adecuaciones normativas correspondientes, sin que hasta la fecha se hayan dado avances en ese sentido, y menos construir ese andamiaje jurídico conforme a las mejores prácticas.

Dentro del ámbito constitucional de México, las mejores prácticas se traducen en los principios que rigen las licitaciones públicas, o tal como lo señala la Ley General del SNA, conforme a principios rectores, que regularán los sistemas de adquisiciones y obras gubernamentales. Por ejemplo, en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) existe una recomendación obligatoria en materia de contratación pública, ya que cuando se trata de la administración de los recursos públicos señala que se harán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para satisfacer los objetivos a los que estén destinados; en cambio, cuando se trata de licitaciones públicas o de otro nivel, tipo o modalidad se deberán acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.⁷

Esas recomendaciones y principios que deberán respetarse para la contratación no tienen una conceptualización ni siquiera en las leyes correspondientes ni en los reglamentos, por lo que se tendrán que sujetar a los parámetros internacionales para realizar una licitación que ofrezca mejores condiciones o una definición de los principios que enumera principalmente lo relativo a transparencia, que tiene muchas aristas de interpretación y aplicación conforme a las mejores prácticas.

Asimismo, en el artículo 109, fracción III, de la CPEUM, se establece como marco ético para el servicio público la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad y la eficiencia, omitiendo también el principio de transparencia. En tanto, en el artículo 5o. de la Ley General del SNA encontramos como “principios rectores que rigen el servicio” los siguientes: legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, eficacia, equidad, transparencia, economía, integridad y competencia por mérito. En términos generales existen una amplia gama de principios que aparecen en los textos legales, sin explicar siquiera su significado para exigir su correcta aplicación.

El término “mejores prácticas” aparece en la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), donde se autoriza a que las secretarías puedan suscribir convenios de colaboración con las personas físicas o morales que participen en contrataciones públicas, así como con las cámaras empresariales u organizaciones industriales o de comercio para coadyuvar

⁷ Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

al establecimiento de mecanismos de autorregulación que incluyan la instrumentación de controles internos y un programa de integridad, así como en el diseño y supervisión de estos mecanismos, y sobre controles, ética e integridad en los negocios.⁸

También se exige que se observen las mejores prácticas internacionales en toda investigación administrativa y que consideren los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, congruencia, verdad material y respeto a los derechos humanos en el desarrollo de la investigación, e integrar los datos y documentos, resguardar el expediente que resultante de la investigación utilizando las técnicas, tecnologías y métodos de investigación. Las autoridades investigadoras, de conformidad con las leyes de la materia, deberán cooperar con las autoridades internacionales a fin de fortalecer los procedimientos de investigación, compartir las mejores prácticas internacionales, y combatir de manera efectiva la corrupción, exigiendo a las empresas si cuentan con una política de integridad.⁹

La obligación de compartir las mejores prácticas no tiene límites en la contratación ni se constriñe la actuación y gestión de la autoridad a esos parámetros legales internacionales. Conforme a la ley nacional, se concede absoluta libertad de accionar hasta en tanto no se infrinjan los ordenamientos legales, sin que ello esté condicionado o prohibido por las mejores prácticas globales. Si bien se les confiere a los operadores jurídicos en los sistemas de contratación plena libertad de actuación, la legislación nacional dice que si exceden esos límites legales caerán en el campo del derecho sancionador. Sin embargo, cuando se exceden de los límites de “las mejores prácticas” resulta más complejo determinar responsabilidad administrativa cuando la propia autoridad no conoce ni se ha interpretado por los jueces cuál es la cobertura y el alcance de éstas.

⁸ Artículos 21 y 22 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

⁹ Artículo 25 de la LGRA: “...se considerará una política de integridad aquella que cuenta con, al menos, los siguientes elementos:

- I. Un manual de organización y procedimientos...
- II. Un código de conducta...
- III. Sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría,...
- IV. Sistemas adecuados de denuncia, tanto al interior de la organización como hacia las autoridades competentes, así como procesos disciplinarios y consecuencias concretas...
- V. Sistemas y procesos adecuados de entrenamiento y capacitación respecto de las medidas de integridad;
- VI. Políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la corporación...
- VII. Mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de sus intereses”.

En la Ley General del SNA se establece que el Comité Coordinador tiene a su encargo el diseño, promoción y evaluación de las políticas públicas de combate a la corrupción, así como participar en los mecanismos de cooperación internacional, a fin de conocer y compartir las mejores prácticas internacionales.¹⁰

Se reitera el uso de las mejores prácticas dentro del Sistema Nacional de Fiscalización, donde se adoptarán criterios para la prevención, detección y disuasión de actos de corrupción, e incorporar las mejores prácticas para fomentar la transparencia y rendición de cuentas en la gestión gubernamental. De igual forma, dentro del SNAM las mejores prácticas deberán respetarse en la Plataforma Digital Nacional, que administrará los sistemas electrónicos sobre la evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal; de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas; el sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados, y el sistema de información y comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización; sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, y Sistema de Información Pública de Contrataciones.¹¹

En la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIPG) es fundamental la promoción de la cultura de la transparencia y la digitalización de la información pública en posesión de los sujetos obligados y la utilización de las tecnologías de información y comunicación, así como capacitar a los sujetos obligados en materia de transparencia y acceso a la información. Por lo tanto, se tiene que incentivar la participación y colaboración con organismos internacionales, para considerar las mejores prácticas en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales.

La LFTAIPG precisa que toda la información que se origina en el gobierno federal estará sujeta a las directrices de transparencia con algunas excepciones, sobre todo en relación con la seguridad nacional y la información personal. En virtud de la información relacionada con la contratación, señala que deberá ceñirse a lo siguiente:

- a) Las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y los servicios contratados; en el caso de estudios o investigaciones, deberá señalarse el tema específico;
- b) El monto;

¹⁰ Artículo 8o. y 9o. de la LGSNA.

¹¹ Artículo 49 de la LGSNA.

- c) El nombre del proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato, y
- d) los plazos del cumplimiento de los contratos.¹²

En cuanto a la información confidencial, debe mantenerse con carácter de “reservada” durante un periodo de hasta doce años. Sin embargo, en términos de la contratación pública, no hay ninguna cláusula explícita que le dé carácter de reservada a la información, a menos que se mencione abiertamente en otra ley o si se considera un secreto industrial, fiscal o bancario.¹³

Por otro lado, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) requiere que toda la información relativa a las licitaciones (incluyendo las propuestas de ganadores y perdedores) debe estar a disposición del público tan pronto como sea posible. Las juntas de aclaraciones, la apertura de las propuestas y el fallo de la asignación del contrato deben ser documentados por las áreas requirentes y contratantes. Estos registros deben estar disponibles para el público en general después de que se adjudica el contrato al ganador.¹⁴ En consecuencia, la difusión de la información será pública y de fácil acceso a través de CompraNet, lo cual debilita el sistema, porque la información que se genere en cada una de las instancias, tales como la identidad de los licitantes, sus propuestas y los precios ofertados y la información de los contratos, serán del dominio público hasta en tanto se haya dado la adjudicación, lo cual facilita la colusión y la corrupción.¹⁵

La transparencia incide en la fiscalización de los recursos públicos, lo que recae en la rendición de cuentas, que “se define como el principio según el cual los individuos, las organizaciones y la comunidad son responsables de la utilización que hagan de los recursos públicos y puede exigírseles que expliquen a los demás dicha utilización”.¹⁶ En México el principio de transparencia se ajusta a lo que dicen Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner, y José Ramón Cossío:

La transparencia consta al menos de tres dimensiones. La primera de ellas es la existencia de un marco jurídico que regule el comportamiento del gobierno y sancione las conductas indebidas. La segunda es la disposición de mecanis-

¹² LFTAIPG, artículo 7o., fracción XIII.

¹³ Artículos 13 y 14 de la LFTAIPG.

¹⁴ LAASSP, artículo 37.

¹⁵ LAASSP, artículo 25.

¹⁶ Intosai, en el issai 1003, *Glosario de términos de las directrices de auditoría financiera*.

mos para el monitoreo o vigilancia por parte de los particulares. En la tercera se hallan los mecanismos para la justificación de las acciones del gobierno.¹⁷

Estas dimensiones refieren al Estado de derecho, es decir, al marco normativo bajo el cual se dirigen y califican las actuaciones y prácticas de las instituciones públicas.¹⁸

Por lo expuesto, en la legislación nacional del SNAM se remite a las mejores prácticas globales, cuya eficacia en su aplicación dependerá del criterio de la autoridad y de los operadores jurídicos para alinear la gestión y conducción del procedimiento. A nivel internacional existen una amplia gama de principios o directrices dentro de la contratación pública; de igual forma, existen a nivel nacional alrededor de quince principios que son conciliables con las mejores prácticas internacionales.

III. LAS MEJORES PRÁCTICAS EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

La OCDE se estableció mediante una convención, que se llevó a cabo en París el 14 de diciembre de 1960, cuyo objetivo principal es procurar el crecimiento económico y el empleo, así como un aumento del nivel de vida en los Estados miembros, al tiempo que se mantiene la estabilidad financiera, y, por lo tanto, se contribuye al desarrollo de la economía mundial.¹⁹ El 18 de mayo de 1994, México se convirtió en el Estado miembro número 25 de la OCDE.²⁰

En México, de conformidad con el artículo 133 constitucional, cualquier suscripción de un tratado, o en este caso a las recomendaciones de la Convención de la OCDE, son normas de carácter internacional que se incorporan a nuestro marco jurídico nacional de manera directa y automáti-

¹⁷ Schedler A, “Conceptualizing and Accountability”, en Andreas Schedler *et al.* (eds), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, pp. 14-17.

¹⁸ Cossío, J. R., “Transparencia y Estado de derecho”, en Ackerman, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, Siglo XXI, 2008, p. 10.

¹⁹ Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development, article 1.

²⁰ “Decreto de promulgación de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio del mismo año.

ca. En otras palabras, las decisiones, recomendaciones de buenas prácticas, incluyendo acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales, serán ley para México, siempre y cuando sean aprobados por el Senado y promulgadas sus recomendaciones. Esta aclaración, quizá redundante, es pertinente, porque algunos han disertado en el sentido de que la OCDE tiene un carácter asesor principalmente en el diseño y construcción de las políticas públicas, sin que traslade una obligación para sus países miembros para su cumplimiento. En consecuencia, la OCDE puede tomar decisiones que serán obligatorias para todos los miembros, hacerles recomendaciones que caen dentro de las mejores prácticas (*soft law*), que si bien no obligan, sí representa un compromiso de aplicación en el momento que sea oportuno.²¹

En el seno de la OCDE, por ejemplo, las decisiones y recomendaciones se adoptan y son plenamente válidas por votación mayoritaria, salvo que la Organización decida por unanimidad en casos especiales. En la toma de decisiones y recomendaciones, cada miembro tiene un voto. En este sentido, la directiva o recomendación forma parte de las mejores prácticas, en este caso en la contratación pública para plantear un escenario de mejora, previo diagnóstico de la problemática. El carácter dinámico de la directiva centra sus baterías para coadyuvar a su adopción para que tenga realmente un carácter obligatorio de aplicación.

Esa obligatoriedad se hace exigible hasta que las guías, lineamientos, directrices o recomendaciones se hayan incorporado a “su ordenamiento jurídico conforme a las disposiciones de su procedimiento constitucional”.²² Si no existe un mecanismo de recepción de esas recomendaciones en una ley nacional existente o se cree otra nueva en ese mismo sentido, no existe una obligación para su cumplimiento. Sin embargo, existe una obligación implícita de hacerlo tarde o temprano, porque según el preámbulo de la Convención de la OCDE se inscribe un compromiso de que México, al igual que los demás países miembros en el sentido de que están “Decididos a perseguir estos fines de una manera consistente con sus obligaciones respecto a otras organizaciones o instituciones en las que participan u otros acuerdos de los que son parte”.²³

Además de los objetivos económicos comerciales de la OCDE, traen aparejados objetivos académicos para fomentar la investigación y promover

²¹ OCDE, artículo V.

²² OCDE, artículo VI, fracción III.

²³ Convención OCDE, Preámbulo.

la formación profesional. En materia de contratación pública, la OCDE ha generado innumerables recomendaciones, directrices y lineamientos, y ha llegado hasta estudios particulares sobre áreas estratégicas en materia de compras gubernamentales tales como el sector energético.

Destacan en este sentido la recomendación del Consejo sobre Contratación Pública del 2012, el cual se emitió con base en el artículo 5 b) del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, firmado el 14 de diciembre de 1960; asimismo, destacan la Recomendación del Consejo sobre la mejora de los comportamientos éticos en el servicio público, que incluye los principios apropiados para favorecer la gestión de la ética en el servicio público;²⁴ la Recomendación del Consejo para mejorar el desempeño ambiental en la contratación pública;²⁵ la Recomendación del Consejo sobre directrices de la OCDE para gestionar conflictos de interés en el sector público;²⁶ el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; la Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales;²⁷ la Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública,²⁸ y la Recomendación del Consejo sobre la mejora de la integridad en la contratación pública.²⁹

Las mejores prácticas dan cauce a la congruencia institucional, orden y control de los procedimientos nacionales, e inspiran y fortalecen la gobernanza global de la contratación pública para producir mayor bienestar económico. Es indudable que redireccionan las políticas públicas; coadyuvan a la opcionalidad de los países de ajustarse a esos lineamientos que están en el orden jurídico internacional. Un objetivo legítimo de las mejores prácticas es que sean instrumentadas, que generen resultados y que midan el impacto en las legislaciones domésticas conforme a instrumentos jurídicos internacionales en materia de contratación pública y su lucha frontal contra la corrupción desarrollados en el marco tanto de las Naciones Unidas como de la Organización Mundial de Comercio o de la Unión Europea.

²⁴ [C(98)70].

²⁵ [C(2002)3].

²⁶ [C(2003)107].

²⁷ C(2009)159/REV1/FINAL].

²⁸ [C(2012)115].

²⁹ [C(2008)105].

IV. LA OCDE Y EL COMBATE AL SOBORNO

Dada la imposibilidad de analizar todos los instrumentos jurídicos que tiene en su acervo la OCDE en estos temas, nos centraremos en dos instrumentos básicos y fundamentales para la contratación pública que se ajustan a la realidad jurídica mexicana.

1. *Recomendación³⁰ del Consejo para Seguir Combatiendo el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales³¹*

Esta Recomendación tiene aspectos interesantes relativos a la deducción fiscal, el cómo denunciar el soborno en el extranjero, los requisitos de contabilidad, auditoría externa y controles internos, ética y cumplimiento y créditos de exportación con soporte oficial. En materia de compras gubernamentales destaca el de “Ventajas públicas, incluida la contratación pública”, que de forma resumida aborda los siguientes lineamientos:

- A. Se recomienda que en las leyes y reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender, en un grado adecuado, la competencia por contratos públicos u otras ventajas públicas, incluidos los contratos públicos y contratos financiados por el Estado para el desarrollo, empresas que hayan sobornado a funcionarios públicos extranjeros en contravención de las leyes nacionales. En el caso del Sistema Nacional Anticorrupción, es evidente que los particulares están fuera de este esquema, ya que la nueva maquinaria normativa no es clara ni considera sanciones específicas a las empresas que se les haya probado el soborno a servidores públicos, y menos sanciones aplicables en caso de soborno de servidores públicos extranjeros.
- B. De conformidad con la Recomendación del Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de 1996 sobre propuestas anticorrupción para la adquisición de ayuda bilateral, los países miembros deberían exigir disposiciones anticorrupción en las adquisiciones financiadas con

³⁰ La recomendación está dirigida únicamente a los miembros del CAD, y lo dirige a todos los miembros de la OCDE y, finalmente, a los países no miembros que se adhieren a la Recomendación.

³¹ OECD, Working Group on Bribery in International Business Transactions, of 26 November 2009

(With amendments adopted by Council, 18 February 2010).

ayuda bilateral y promover la implementación de disposiciones anti-corrupción en las instituciones internacionales de desarrollo.

- C. Se insta a los países miembros para que apoyen los esfuerzos del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE para implementar los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de 2008 sobre Mejora de la Integridad en las Contrataciones Públicas,³² así como trabajar sobre la transparencia en la contratación pública en otras organizaciones gubernamentales, como las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Unión Europea, y se les alienta a adherirse a las normas internacionales pertinentes, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (ACP). En el caso de México, esta recomendación ha sido omitida, además de no guardar congruencia con la obligación del preámbulo de la OCDE de no poner trabas comerciales en las proveedurías de bienes y servicios conforme a los principios de la OMC, partiendo de la base de que el mercado de la contratación pública está cerrado a la competencia externa. Se ha señalado que es el momento oportuno para que México realice negociaciones de adhesión en su carácter de país de desarrollo para gozar de un periodo de transición para modernizar su sistema de contratación pública y el establecimiento de un mecanismo de profesionalización de los operadores jurídicos. Se han esgrimido las ventajas comerciales que representarían para nuestro país, considerando que la renegociación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) no traerá beneficios adicionales en el corto plazo. Además, México tiene hasta el momento trece tratados comerciales que contienen capítulos sobre contratación pública, el cual necesita redimensionarse con las mejores prácticas globales para combatir la corrupción.³³

2. *Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento*³⁴

Tiene como objetivo prevenir y detectar sobornos en el extranjero sobre la base de una evaluación de riesgos de una empresa, en particular los

³² OCDE [C (2008) 105].

³³ Moreno Molina, J. A. y Cancino Gómez, R., *La contratación pública internacional*, Oxford, Chartridge Books, 2018, pp. 103-108.

³⁴ This Good Practice Guidance was adopted by the OECD Council as an integral part of the *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* of 26 November 2009, Adopted 18 February 2010.

riesgos de soborno extranjero que enfrenta la empresa. Las circunstancias y riesgos deben ser monitoreados regularmente, reevaluados y adaptados según sea necesario para garantizar la efectividad continua de los controles internos, la ética y el programa o medidas de cumplimiento de la compañía. Las empresas deben considerar, entre otras cosas, las buenas prácticas para garantizar los controles, la ética y los programas o medidas de cumplimiento efectivos para prevenir y detectar sobornos en el extranjero.

Esta directiva va dirigida a los privados para que la alta dirección establezca los controles internos a través de una política corporativa articulada y visible, con altos índices de la ética y los programas o medidas de cumplimiento en todos los niveles de la empresa. Aquí lo importante es que existe una responsabilidad solidaria entre las empresas y la autoridad para informar asuntos directamente a los órganos de supervisión independientes, como los comités de auditoría interna de los consejos de administración o de supervisión gubernamental.

V. RECOMENDACIONES DE LA OCDE PARA MEJORAR EL MARCO JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA OCDE ha producido una infinidad de estudios sobre contratación pública, con el propósito central de fortalecer el marco legal de los países miembros, donde existen recomendaciones viables y confiables hasta otras que resultan utópicas o de imposible ejecución, dado que la corrupción es un fenómeno social y político que ha permeado todos los niveles gubernamentales en México y ha corroído el tejido social. En ese orden de ideas, el presente trabajo retoma las recomendaciones que deben ya aplicarse para incrementar la seguridad jurídica bajo un enfoque sistémico que involucre no sólo a la autoridad, sino también a los privados y a los políticos que deben abandonar sus intereses.

En el presente trabajo resulta imposible analizar todas las guías, lineamientos y recomendaciones que ha dictado la OCDE, de tal manera que tomando en cuenta la realidad nacional, se consideran las variables más importantes para que un sistema de contratación pública sea más eficiente y eficaz. Por tanto, es prioritario:

1. *Eliminar el tratamiento preferencial en leyes y procedimientos.* En materia federal se deben eliminar las disposiciones que otorguen un trato especial y diferenciado a ciertas empresas bajo ciertas circunstancias de participación. Se deben quitar las restricciones de participación que constituyan una práctica

discriminatoria en contra de proveedores extranjeros, incluyendo a nacionales. Se pretende ampliar la cobertura de proveedores calificados de todo el mundo para participar en las licitaciones públicas independientemente de su tipo y modalidad, previo diagnóstico de los beneficios financieros y cualitativos que podrían obtenerse en el corto plazo.

2. *Limitar el uso de las excepciones a las licitaciones públicas.* Las excepciones no deben ir más allá de las reglas generales, donde debe imperar el sistema de licitaciones abiertas. Actualmente la LAASSP permite un gran número de excepciones a las licitaciones públicas, por lo que se deberán realizar evaluaciones de las incidencias del uso de las excepciones que favorecen a un proveedor en particular para reducir su uso que afecta a un mayor número de oferentes sin obtener mayor valor por dinero. Según la OCDE, las áreas que solicitan la compra de bienes y servicios (también llamadas áreas requerentes) tienen demandas muy específicas o técnicas; por su parte, las áreas que son responsables de la contratación y supervisión del contrato (denominadas “áreas contratantes”) por lo general carecen de los conocimientos técnicos.³⁵

3. *Derogar de la LAASSP el requisito de establecer un “precio Conveniente”.*

El requisito de que los compradores públicos en México no puedan aceptar ofertas por debajo de un umbral mínimo, denominado “precio conveniente”, puede poner en peligro la capacidad del gobierno para obtener el mayor valor por sus compras. Se recomienda que el establecimiento de un precio conveniente deje de ser un requisito para la evaluación de las proposiciones. Si la LAASSP no se enmienda para suprimir este precio conveniente, entonces se recomienda que para establecerlo las entidades y dependencias públicas utilicen un factor de descuento mayor al 40 por ciento. Alternativamente, las garantías que avalan la seriedad de la oferta de los proveedores se pueden utilizar como un mejor sustituto porque así no se descarta un precio potencialmente competitivo.³⁶

4. *Cambiar una serie de requisitos relativos a las juntas de aclaraciones.* De entrada, se recomienda reducir el número de juntas de aclaraciones para limitar la comunicación entre oferentes. Se recomienda que las juntas de aclaraciones se lleven a cabo de forma escalonada para evitar la colusión. Esta etapa es la más proclive a la colusión, porque se dan facilidades para intercambiar información e identificar a sus competidores de manera física; por eso la

³⁵ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/fightingbidrigginggovernmentcontracts-mexico-oecdpartnership.htm>.

³⁶ OCDE, Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México, 2015, p. 66. Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE, 2015, p. 67.

recomendación de la OCDE de realizar las juntas de aclaraciones por medios electrónicos. Sin embargo, esto representa, por otro lado de la cara de la moneda, otro reto para el gobierno federal de cumplimentar una obligación adicional, dada la escasa infraestructura técnica y administrativa para la utilización de los medios tecnológicos.

5. *Eliminar varios requisitos de divulgación de información.* La OCDE refiere que los precios de referencias, la identidad de los oferentes y el valor de las ofertas facilitan la manipulación en la contratación pública, y sugiere que sean modificados los requisitos y poner a disposición la información seis meses después de la conclusión de la licitación, así como toda la información de los contratos adjudicados.

6. *Promover cambios legislativos para regular a las ofertas conjuntas.* Actualmente, según el marco jurídico federal en materia de contrataciones, se deben aceptar ofertas conjuntas a menos que justifiquen por qué no están dispuestos a permitirlo. Aquí el criterio debe cambiar, es decir, que los licitantes conjuntos argumenten sus razones y beneficios en términos de competencia, siempre y cuando la convocatoria así lo determine.

7. *Evaluar la necesidad de impulsar reformas relacionadas con la figura del abastecimiento simultáneo.* “Dividir un contrato entre múltiples proveedores puede facilitar la colusión, al minimizar el efecto de competencia entre los oferentes. Como resultado de ello, se recomienda realizar un estudio para evaluar la frecuencia de uso de abastecimiento simultáneo entre la totalidad o una muestra de los compradores públicos en México”.³⁷ Esta recomendación resulta complicada de realización, no tanto para justificar o no el empleo de los contratos con abastecimiento simultáneo, sino por las prácticas monopólicas o relativas en México y los intereses comerciales en juego, donde la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) no ha realizado la tarea, y menos cuando se trata de contratación pública para razonar la utilización de este tipo de contratos y su consecuente modificación legal.

8. *Instituir ciertos requisitos de información con respecto a la subcontratación.* En la legislación mexicana aún no se encuentra regulada esta figura, por lo que la OCDE recomienda establecer los requisitos para realizarla, porque es una práctica recurrente. El establecimiento de requisitos a nivel de ley podría frenar un acuerdo colusorio, por lo que deberá estipularse en la convocatoria a la licitación pública las obligaciones que deberán cumplir los licitantes en sus ofertas, tales como indicar el área posible de subcontratación, identificar las empresas sujetas a esa subcontratación, y circunstanciar

³⁷ OCDE, Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México, 2015, p. 67.

las necesidades y razones para llevarla a cabo para no poner en riesgo la ejecución del contrato.

9. *Permitir a las micro, pequeñas y medianas empresas participar en ofertas subsecuentes de descuento (OSD) de manera independiente.* En la legislación mexicana, en vez de promover la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en forma individual en las ofertas subsecuentes de descuento, se les limita y prohíbe su participación, por lo que es urgente armonizar la norma nacional a esta recomendación.³⁸

10. *Reformar la LAASSP y otras leyes federales de contratación pública para exigir certificados de determinación de oferta independiente (CDOI).* Con el propósito de evitar el soborno, la colusión y el fraude, la OCDE recomienda introducir una cláusula en los contratos públicos para prevenir la manipulación de las licitaciones mediante la firma de los licitantes de un CDOI. Este certificado es una cláusula contractual mediante la cual los participantes se comprometen a presentar una oferta que no está relacionada con otras, así como a revelar todos los hechos sobre cualquier comunicación que hayan tenido con sus competidores respecto de la licitación en cuestión. Es elemento disuasivo que podrá utilizarse en tribunales para probar actos irregulares o ilícitos, pero que implica introducirlo como una obligación en las leyes competentes, aunque puede introducirse ya dentro de las normas internas de las dependencias gubernamentales mediante Pobalines.³⁹

11. *Incrementar la participación de los testigos sociales.* Ahora, con la aparente ciudadanización del Sistema Anticorrupción en México, se debe reforzar el papel de los testigos sociales en los procedimientos de licitación para vigilar la transparencia del procedimiento. De tal forma que deben fungir como testigos todos aquellos que tengan experiencia y conocimiento en el ámbito litigioso y académico. Además, deben diseñarse cursos de formación no sólo para los testigos sociales, sino también para todos los operadores jurídicos que gravitan dentro del SNA con los problemas que existen en materia de competencia económica y de manipulación de los contratos públicos.

12. *Contratación pública electrónica.* Se recomienda la contratación electrónica en todo el procedimiento de contratación, utilizando las tecnologías de la información y la comunicación, pues permiten garantizar la transparencia y el acceso a la información conforme al principio de transparencia. Un resultado tangible es la competitividad y simplificación de los procedimientos.

³⁸ Artículo 28, LAASSP y artículo 38 del RLAASSP.

³⁹ Políticas, Bases y Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios.

tos de adjudicación de contratos y la gestión correspondiente. La adecuada instrumentación reduce los costos.

Las herramientas electrónicas deben ser modulares, flexibles, expansibles y seguras, a fin de que se garanticen la continuidad de las actividades, la privacidad y la integridad, se dispense un trato justo y se proteja la información sensible, a la vez que se dispone de las capacidades y funciones necesarias que permitan la innovación en la actividad. Las herramientas de contratación electrónica deberán ser sencillas de utilizar, adecuadas a sus fines y, en la medida delo posible, ser homogéneas entre todas las entidades que participan en la contratación pública.⁴⁰

13. *Revisión de sanciones.* De nada sirven las sanciones, porque son letra muerta. El soborno, la colusión y la corrupción no se generan por una de las partes, ya sea autoridad o licitante; más bien existe un acuerdo entre ellas para eludir desde el cumplimiento de los requisitos considerados en las convocatorias hasta las sanciones relacionadas con la realización parcial o el incumplimiento de los contratos adjudicados. Esto es todo un tema que requiere un tratamiento aparte; pero esto no obsta para decir que es importante realizar una nueva revisión de las sanciones, uniformar las sanciones en todos los niveles gubernamentales (federales, estatales, organismos constitucionales autónomos, etcétera). Habrá que determinar los montos de las garantías, de las multas y dirimir si deben exigir penas más altas, o establecer con prontitud tribunales especializados en contratación pública. Las sanciones deben tener una correlación con los tipos y modalidades de contratación, delimitar su jurisdicción y aclarar los caminos de defensa legal, dándole mayor importancia a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

VI. CONCLUSIONES

1. Las mejores prácticas caen dentro del derecho indicativo o *soft law*, que es un concepto que tiene muchas aristas de interpretación y grados de aplicación. En el caso de la OCDE aglutina un conjunto de estudios y recomendaciones de carácter abierto y flexible que no necesariamente obligan hasta en tanto no se incorporen sus disposiciones en la legislación interna de sus países miembros. De tal manera que complemen-

⁴⁰ OECD, Mexico's e-Procurement System, Redesigning Compranet through Stakeholder Engagement, 2017.

tan el marco jurídico y se constituyen en obligaciones internacionales siempre y cuando exista la voluntad política.

2. La OCDE reconoce que la contratación pública es la clave de la actividad económica de las administraciones públicas y el desarrollo económico de los países. Por eso, se debe erradicar la mala gestión, la colusión, el soborno, el fraude y la corrupción que hace mal uso del dinero público, aportado por los contribuyentes. De tal forma que recomienda que México se adhiera al ACP de la OMC para que realmente se obligue a establecer un sistema uniforme a nivel nacional en materia de contratación pública, en estricto apego a los principios de transparencia, no discriminación y equidad procedimental.
3. En el marco legal del SNAM, se debe establecer un comité de contratación pública, administrado por la Secretaría Ejecutiva del SNA, integrada por los representantes de las dependencias que conforman el SNA, incluyendo a representantes de la academia para incorporar mejoras normativas desde una perspectiva global que considere las mejores prácticas internacionales.
4. Asimismo, es altamente prioritario establecer un mecanismo de profesionalización de la contratación pública en los distintos niveles de gobierno, donde la formación, capacitación y actualización sean los principales referentes conforme a las mejores prácticas globales.
5. En consonancia con el artículo 5o. de la Ley General del SNA, que también impone a los entes públicos la obligación de crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto y la actuación ética y responsable de cada servidor público, es urgente determinar los objetivos y un cronograma de trabajo que coordine la Secretaría Ejecutiva del SNA para generar productos de investigación, de capacitación y de asesoría. Se requiere poner en blanco y negro las principales tareas para mejorar la eficiencia y eficacia en la contratación pública.