

# Contratación Pública, Ejercicio de la Abogacía y Ética: UNA VISIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL



**ROBERTO HERNÁNDEZ GARCÍA**

Abogado por la Universidad Panamericana, Ciudad de México.  
Especialista en contratación pública.  
Ex coordinador del Comité de Contratación Pública  
de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.  
Ex coordinador del Comité de Contratación  
Pública de la International Bar Association.  
Presidente del Comité Anticorrupción de la International  
Chamber of Commerce, México y Miembro de la Comisión  
Anticorrupción de la misma organización a nivel mundial.

Hasta mediados de los años noventa del siglo pasado, la contratación pública en México era un área relativamente alejada de los abogados, limitada en gran medida al patrocinio de impugnaciones dentro de las licitaciones públicas, y de litigios administrativos y judiciales relacionados con la interpretación y cumplimiento de los contratos derivados de las disposiciones que regulaban la materia.<sup>1</sup>

Casi quince años después, la contratación pública en México ha evolucionado en tal forma que se ha convertido en una rama especializada y casi independiente



1. A nivel internacional, en el año de 1994, la comunidad internacional recibía con gusto y esperanza, la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, así como su guía para su incorporación, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), para el efecto de coadyuvar con una herramienta concreta y objetiva que los países que ante las nuevas tendencias mundiales estaban reformando su régimen de contratación pública, para dar una orientación de mercado a sus respectivas economías, para simplemente introducir legislación de contratación pública o bien actualizar su legislación en la materia para contribuir a la eliminación de obstáculos al comercio internacional.

del Derecho Administrativo, al grado de poder -sin miramiento alguno- llamar al conjunto de normas que lo regulan como "Derecho de la Contratación Pública", ante la ya aceptada, aunque formalmente inadecuada, costumbre de "etiquetar" a las diversas áreas del Derecho Público en relación con el área sustantiva que norman, tal como es el caso del "Derecho de las Telecomunicaciones", el "Derecho Energético" y el "Derecho del Agua".<sup>2</sup>

En este contexto, nuestro "Derecho de la Contratación Pública", cuya base legal fundamental en México es el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hoy en día se expresa y concreta por conducto de un número impresionante de disposiciones en todos los niveles de la pirámide normativa de nuestro sistema jurídico, entre los que se encuentran los capítulos de compras del sector público de los Tratados de Libre Comercio celebrados por México con otros países, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (leyes reglamentarias ambas del precepto constitucional referido), los reglamentos de dichas leyes, múltiples leyes administrativas conexas y complementarias, oficios circulares, acuerdos administrativos, políticas bases y lineamientos, criterios de aplicación general, leyes supletorias, entre otros, sin olvidar la cada vez más fructífera y esclarecedora jurisprudencia sobre la materia, que años atrás era literalmente inexistente.

Lo anterior ha generado que cada día sea más indispensable la participación de nuestra profesión tanto en el sector público como en el sector privado en la materia. Esto lo podemos observar en funciones y actividades diversas tales como las relacionadas con la planeación, programación, presupuestación, contratación, ejecución de los contratos, administración y control de los procedimientos de contratación

pública y los contratos administrativos como servidores públicos de las dependencias y entidades contratantes; la consultoría y asesoría general y particular de asuntos relacionados con la materia en calidad de abogados particulares; la participación en los litigios en las vías administrativa, judicial y arbitral en calidad de asesores, abogados patronos, jueces, y árbitros; la solución de controversias a través de medios alternativos tales como la conciliación, el peritaje independiente y los dispute boards participando como abogados asesores de partes, conciliadores, peritos independientes y miembros de los paneles referidos; la defensa de los derechos y obligaciones de contratistas y proveedores consecuencia de aspectos legales contractuales y normativos; la asesoría y defensa de los proveedores y contratistas dentro de los procedimientos administrativos de sanción e inhabilitación; la defensa de las empresas en los casos de rescisiones administrativas, terminaciones anticipadas así como eventos de caso fortuito y fuerza mayor; los convenios modificatorios de plazo y monto, la atención y defensa de aspectos relacionados con responsabilidades administrativas de servidores públicos y la atención de aspectos relacionados con competencia económica y control presupuestal entre muchas otras.

Y es que cada situación -consultiva o contenciosa- ante la cual nos encontramos los abogados en esta materia es fascinante pero compleja, pues evidencia en forma cotidiana, pero definitivamente *suí generis*, el conflicto existente entre el interés público (el del Estado contratante) y el interés privado (el del particular proveedor o contratista), razón por la cual los abogados tenemos en esta materia, una especial responsabilidad en nuestra actuación.

En este contexto, cabe comentar que en fechas recientes en México, autoridades y funcionarios han cuestionado severamente la litigiosidad en

2 Lo mismo sucede a nivel internacional en donde el término "Public procurement" o "Government procurement" ya es un término ampliamente conocido y aceptado.

la materia, argumentando que las impugnaciones en los procedimientos de contratación se han convertido en el velo negro de la obtención de los contratos públicos y que el excesivo conflicto en los contratos administrativos pone en riesgo la ejecución de los contratos en forma eficiente.

De lo anterior que, en aras de buscar una reforma integral en materia de contratación pública (a la par de que esta se transforme en un eficiente motor del desarrollo nacional y no continúe como una actividad guiada por el control a ultranza), el Ejecutivo Federal en México, haya sometido al Congreso de la Unión una propuesta de reformas tanto a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, como a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que con una visión "Business oriented" (usando un término chocante pero claro) logre precisamente que la contratación pública sea un buen negocio para ambas partes: Estado y particulares, y no un permanente estado de tensión.

Es por ello que, entre muchas de las reformas propuestas aprobadas, se encuentran diversas figuras que pretenden esquemas más claros, menos propensos a la interpretación y que den más flexibilidad y agilidad al Estado contratante, tales como el establecimiento de las causas específicas de desechamiento de las propuestas desde las bases de licitación sin que puedan utilizarse o argumentarse otras con posterioridad; la aclaración de las propuestas como medio reconocido para asegurar las mejores condiciones para el Estado atendiendo sobretodo a circunstancias sustanciales y no únicamente formales; la corrección del fallo, como medida de eficiencia administrativa; una más clara, pero estricta regulación de la instancia de inconformidad, y la inclusión de medios alternativos de solución de controversias en los contratos celebrados al amparo de las leyes reglamentarias del artículo 134 constitucional, enmiendas todas estas que, criticables o no, entendemos tienen su origen en

la voluntad de hacer de la contratación pública una materia más eficiente, menos formalista y rígida, y que cumpla con su objetivo principal: satisfacer las necesidades del Estado a través de una contratación en la que se hayan asegurado las mejores condiciones de contratación.

En este orden de ideas, hace algunos años, un Secretario de la Función Pública<sup>3</sup>, tuvo la bien intencionada iniciativa de celebrar acuerdos de no litigiosidad con empresas contratistas y proveedores. Entonces un cliente me dijo: *"Ahora sí Doctor, se van a quedar sin trabajo los abogados"*, a lo que le respondí convencido: *"Afortunadamente -y desafortunadamente a la vez- el problema no está en los abogados: se trata de un problema más complejo"*.

Lo dije entonces y lo reitero ahora: la litigiosidad en esta materia no es materia del ocio, ni de un deporte. Deviene de aspectos relacionados con la falta grave de capacitación, eficiencia y transparencia de muchos actores tanto del sector público como del sector privado que hacen la materia más compleja de lo que es en sí misma.

Y pongo varios ejemplos que a muchos les resultarán conocidos o familiares (lamentablemente tanto a nivel nacional como internacional): un servidor público que no aplica adecuadamente la ley para celebrar en forma oportuna un convenio modificatorio, perjudicando los derechos de un contratista o proveedor, ya sea para cuidar su ineficiencia o porque no se han "portado bien con él"; un contratista o proveedor que pone a consideración de la entidad o dependencia contratante una controversia técnica improcedente y sin fundamento legal, pero que con viajes a Las Vegas (en los que por supuesto se aclara el tema técnico) convence a su contraparte de que tiene la razón; un auditor "brillante" que pensando que descubrió el hilo negro, objeta e inclusive trata de anular un contrato válido y exigible con una simple observación de auditoría; un mediador (conciliador) que no sabe

3 Secretario de la Contraloría en otros países.

que la mediación (conciliación) es un medio de solución de controversias y que su rol no es el de un mero testigo, sino elemento determinante para la solución de la controversia, haciéndoles perder a las partes una oportunidad de oro para resolver un tema crítico; un servidor público que retiene la bitácora o maneja "pre-bitácoras" para que no evidencien su ineficiencia; un funcionario de la contraloría que ejerce una macabra e indebida presión sobre servidores públicos para justificar su trabajo u obtener algún tipo de control inadecuado; un proveedor que no entrega oportunamente los bienes o los otorga con demora, pero que tiene el amigo en el almacén que le hace la "Valona"; un servidor público que pudiendo definir una especificación técnica en un contrato en el día 1 lo hace el día 365 y no reconoce los efectos de su demora; el titular de una entidad contratante que, a cada inconforme lo manda llamar para amenazarlo de que no volverá a licitar si no retira su escrito, entre muchos otros encantadores y desgraciadamente innumerables casos y personajes de la vida cotidiana.

En este orden de ideas, los abogados que manejamos esta materia –tanto a nivel nacional como internacional– no debemos de ser o convertimos en un elemento que oscurezca más el panorama existente, sino que debemos ser actores firmes que provean elementos claros y eficientes para que la contratación pública cada día sea más apegada a la legalidad y se asegure la transparencia, pues el no hacerlo genera efectos literalmente dramáticos en esta materia, que finalmente se reflejan ya sea en el indebido gasto de los recursos públicos, o bien en el fomento a la corrupción así como a la falta de transparencia que tanto daño hace a nuestra sociedad en general.

Si bien no solamente sería imposible, sino resultaría claramente soberbio, presentar un decálogo de las obligaciones que tiene un abogado en esta

materia, en forma muy modesta, planteo a continuación algunos aspectos que considero cruciales para los abogados que manejamos esta materia:

- a) El abogado que ejerce la materia de contratación pública debe entender que la misma forma parte del Derecho Administrativo con sus virtudes y defectos.<sup>4</sup> No se trata –como alguna vez me dijo alguien– de un contrato con las mismas características que un contrato civil o mercantil, con la diferencia de que existe un procedimiento administrativo para elegir a la contraparte y celebrarlo: tanto el procedimiento de contratación, como el contrato administrativo en sí mismo, están regulados por normas de orden público, con las características imperativas e irrenunciables que ello conlleva, y que la jurisprudencia ya ha comenzado a esclarecer en forma interesante. De ello que los abogados que carecen de una formación siquiera básica en Derecho Administrativo, tendrán dificultad es para entender la dinámica que la materia conlleva e implica y su actuación será irresponsable.
- b) El abogado que ejerce la contratación pública debe entender los límites entre el Derecho Público y el Derecho Privado, y saber en forma profesional y ética, exigir los derechos de su cliente, así como hacer ver sus obligaciones por difíciles que parezcan. Algunos temas en esta materia resultan extraños o ilógicos, pero están vinculados con el interés público, aunque muchos lo desdeñen. Finalmente, aquellos proveedores y contratistas, que con apoyo de sus clientes, no solamente comprenden la naturaleza de la materia sino que saben identificar las oportunidades que ofrece dentro del marco normativo, reconocen en esta área una gran oportunidad lícita de negocios.

4 Claramente esta afirmación es viable y cierta en jurisdicciones como México y Perú. En otras latitudes, la línea divisoria entre el Derecho Público y el Derecho Privado no es tan tajante, incluyendo a la contratación pública.

- c) El abogado que ejerce la contratación pública debe evitar a toda costa sugerir a sus clientes o tomar por sí mismo o en representación de ellos, acciones que tiendan a la falta de transparencia y a la corrupción, pues independientemente del deber ético que naturalmente implica una conducta como la señalada y los delitos que pueden resultar de dichas ilícitas conductas, rompe violentamente el respeto por el Estado de Derecho, la legalidad y los intereses públicos, en perjuicio de los propios ciudadanos, con cuyos recursos, se atienden las necesidades que la contratación pública pretende solventar.<sup>5</sup>
- d) El abogado que ejerce la contratación pública, tanto en el sector público como en el sector privado, debe tener el suficiente profesionalismo, criterio y visión, para entender la confluencia y enfrentamiento entre los intereses público y privado y encontrar la mejor solución. De ello que si bien el profesionalista del Derecho en esta materia debe de actuar con apego a la legalidad debe procurar y garantizar el mayor equilibrio posible entre ambos intereses, pues el cerrarse a soluciones defendiendo trincheras inquebrantables, tampoco beneficia las necesidades que las compras o proyectos pretenden satisfacer –y en consecuencia tampoco a la sociedad en general–, razón por la cual debe abrir su mente a soluciones

mas allá del texto de las leyes atendiendo leyes complementarias, supletorias y a los principios generales del Derecho, que son perfectamente aplicables.

- e) El abogado que ejerce y se interesa por la contratación pública debe de estar atento a las nuevas tendencias internacionales que se generen. Con la idea de evaluarlas en el ámbito de sus jurisdicciones, y de ser adecuadas, procurar su establecimiento a la brevedad, sin olvidar su posible ajuste a las necesidades legales, políticas y culturales propias. Asimismo, debe recordar que, hasta el momento, muchos regímenes legales estén interconectados a nivel global a través de acuerdos y tratados, que no permiten el desconocimiento de las reglas internacionales en pro de las locales.<sup>6</sup>

Podemos afirmar sin miramientos, que en los abogados tanto del sector público como el privado –tanto a nivel nacional como internacional– reside en gran medida, la posibilidad de que la contratación pública se convierta, de una materia conocida por la generalidad de los ciudadanos como “la corrupta” y como “aquella en la que todo está arreglado”, como la rama del Derecho que persigue y logra satisfacer las necesidades del Estado para cumplir con los objetivos que en forma de obras, bienes o servicios, mejoren la calidad de vida de los ciudadanos, con los recursos que en forma de contribuciones pagamos para tal efecto.

5 A nivel internacional inclusive ya se han tomado medidas concretas, tales como los esfuerzos de la OCDE para implementar en las legislaciones nacionales el tipo penal de “Cohecho Internacional”.

6 Hoy en día existen múltiples fuentes, referencias y organizaciones dedicadas al estudio e implementación de normas de contratación pública a nivel internacional, tales como la UNCITRAL, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Banco Mundial (WB), sin perjuicio del también gran universo de regulaciones en la materia incluidas en disposiciones internacionales tales como los Tratados de Libre Comercio (vgr. el Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o las directivas de la Unión Europea.