

CRITERIOS GENERALES PARA DETERMINAR LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LOS PROYECTOS SUJETOS AL PROGRAMA PARA LA MODERNIZACIÓN DE LOS ORGANISMOS OPERADORES DE AGUA (PROMAGUA) Y OTROS SIMILARES APOYADOS CON RECURSOS DE FONDOS FEDERALES PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA

En principio, es de mencionar que de conformidad con el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados; asimismo, el citado precepto constitucional dispone que 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.

Asimismo, el citado artículo Constitucional establece que cuando las licitaciones a que se refiere 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, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En este sentido, las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, reglamentarias del referido artículo 134 Constitucional, tienen por objeto, conforme a su respectivo artículo 1, regular la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza, las obras públicas y servicios relacionados con las mismas.

No obstante, ante la necesidad de impulsar la participación de los particulares inversionistas en la construcción, operación, explotación conservación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, a través de concesión, permiso, autorización u otros contratos en asociaciones público-privadas, como medios para procurar las mejores condiciones para el Estado, han surgido diversos esquemas especiales de contratación multianual, sujetos a una estructura financiera, que permiten obtener la prestación de servicios que continúan siendo públicos además de la infraestructura necesaria,.

Como ejemplo de este tipo de esquemas de contratación especial encontramos a los proyectos sujetos al "Programa para la Modernización de Organismos Operadores de Agua" (PROMAGUA), los cuales tienen su origen en un esquema financiero que integra recursos federales provenientes de Fondos constituidos por el Gobierno Federal para el desarrollo de infraestructura y recursos de inversión privada (capital propio y financiamiento), que se aportan durante la etapa de construcción de la infraestructura, recuperándose expresamente los recursos correspondientes a la inversión privada, quedando a favor del proyecto los recursos públicos federales, sin que éstos pasen a formar parte del Erario Público Estatal o Municipal, atendiendo a que se aportan a un Fideicomiso de Administración y Fuente de Pago a través del cual se hacen las disposiciones necesarias para la construcción de la infraestructura, quedando clara la identificación de la obligación principal del particular de prestar los servicios que requiere el Organismo Público y que la construcción de infraestructura es un elemento fundamental para la prestación del servicio y una de las condiciones que se establecen al particular al contratarlo.

Los proyectos que son promovidos dentro del PROMAGUA con la participación de fondos federales, implican una estructura financiera con la que se obtienen las mejores condiciones para el Estado, al eliminar carga financiera propia al Organismo contratante, trasladándola al prestador de servicios, junto con los riesgos financieros, de operación, conservación y mantenimiento, a cambio de un pago mensual (contraprestación), con la posibilidad incluso de que el Organismo Público adquiera la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios públicos que tiene a su cargo al término del plazo del Contrato de Prestación de Servicios (CPS), durante un plazo que comprende varios ejercicios presupuestales.

Cabe destacar que este tipo de contratos especiales no se encuentran regulados específicamente por las leyes reglamentarias del artículo 134 Constitucional, ya que las condiciones del CPS no se encuentran como tales en su totalidad previstas en la LOPSRM y en la LAASSP, ya que si bien dentro del objeto principal del contrato se encuentra la prestación del servicio de mantenimiento, y operación de la infraestructura, también y no menos importante, se encuentra la realización de las obras necesarias para poder prestar el servicio correspondiente.

Actualmente, los CP'S derivados del PROMAGUA se han regulado por la LAASSP atendiendo a razones presupuestales (gasto corriente por el servicio, no inversión por la infraestructura), así como a razonamientos que se limitan a enfatizar el objeto principal y la naturaleza jurídica del contrato que

corresponde a prestación de servicios; sin embargo existen muchas disposiciones de dicha Ley que no les resultan aplicables, complicando el esquema durante el periodo de construcción de la infraestructura, ya que dicho ordenamiento no contempla aspectos y figuras relacionados con obra pública que son incluidos en el esquema contractual tales como la residencia de obra, la supervisión, la programación general de los trabajos, pago de estimaciones, bitácora, entre otras; así como durante la prestación del servicio cuando existe la necesidad de modificar el contrato por la realización de infraestructura adicional.

Ahora bien, cabe señalar que de conformidad con el Artículo 1858 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria a la LAASSP y a la LOPSRM, los contratos que no están especialmente reglamentados en dicho Código (los cuales reciben el nombre de contratos innominados), se rigen por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que resultan omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en dicho ordenamiento.

En este orden de ideas, el tipo de contratos especiales que nos ocupa, al no estar regulados específicamente, tendrían que sujetarse a las disposiciones legales con las que tenga mayor analogía; de esta forma, al presentarse en los CP'S la prestación de servicios públicos, así como la construcción de la infraestructura necesaria con la cual se proporcionarían dichos servicios durante el periodo de operación y mantenimiento (15, 18 ó 20 años), misma que se considera para determinar la tarifa a cubrir como contraprestación a efecto de amortizar la inversión, de tal forma que bajo este esquema se permitiría la coexistencia tanto de la LAASSP como de la LOPSRM, ciñéndose ante todo al artículo 134 Constitucional, estableciéndose para tal efecto su aplicación diferenciada en la convocatoria, en las bases de licitación y en el contrato respectivo.

De conformidad con la Ley General de Deuda Pública (LGDP) y la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (LPCGPF) (ahora Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria LFPRH), los recursos federales para este tipo de proyectos multianuales, quedan sujetos a las reglas y condiciones que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), pero en materia de la forma de contratación, no se tienen condiciones específicas en la LAASSP, ni en la LOPSRM.

Para cumplir con los principios Constitucionales del artículo 134 antes referido, así como las condiciones que establecen las "Reglas de Operación" de los fondos federales destinados al desarrollo de infraestructura y las reglas del PROMAGUA y de otros programas similares, los proyectos de mérito en los cuales se utilicen dichos recursos federales, deben sujetarse a las disposiciones de la LAASSP por lo que se refiere al procedimiento de contratación, así como para el contenido y exigibilidad de los requisitos que deberán cumplir los interesados por cuanto hace a la parte correspondiente a la operación, mantenimiento y conservación de la infraestructura y la prestación del servicio; lo anterior, con el objeto de que el Organismo Público Contratante se encuentre en posibilidad de justificar debidamente que se observan los principios constitucionales de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, que aseguren en cada caso, las mejores condiciones para el Estado.

La aplicación de la LAASSP obedece a que el objeto preponderante de la licitación le sería la prestación del servicio de tratamiento de aguas residuales durante la operación, mantenimiento y conservación de la infraestructura, lo que implica considerarlo como un servicio de cualquier naturaleza en términos del artículo 3, fracción VIII del citado ordenamiento legal.

De igual forma para garantizar la correcta aplicación de los recursos federales destinados al desarrollo de la infraestructura con la que se prestarían los servicios, así como para asegurar las mejores condiciones para el Estado, en lo sucesivo las disposiciones conducentes de la LOPSRM regirán en lo relativo a determinados requisitos que se exigirían a los interesados, para acreditar su capacidad técnica y experiencia en la ejecución de obras similares, así como a los aspectos que se establecerían para preparar la propuesta técnica y que se aprovecharían en la evaluación y posteriormente para estipular las condiciones de la parte constructiva de la infraestructura en la formalización del contrato.

Con lo anterior, se hace evidente que la estructura financiera de estos proyectos no resulta afectada de ningún modo por la aplicación concomitante de la LAASSP en su procedimiento de contratación con la aplicación de las disposiciones conducentes de la LOPSRM, puesto que los aspectos procedimentales y contractuales quedarían plenamente distinguidos en los instrumentos respectivos, para justificar la obtención de las mejores condiciones para el Estado, así como para exigir el cumplimiento de requisitos y obligaciones.

Los esquemas de contratación que contemplen la aplicación de los ordenamientos legales mencionados, deberán adoptarse en las reglas que al efecto establezcan los Comités Técnicos de los fondos federales correspondientes, conforme a los modelos de los documentos respectivos, previamente aprobados, por parte de la Secretaría de la Función Pública (SFP), con el propósito de distinguir las disposiciones que de una u otra ley serían consideradas expresamente en la convocatoria, bases de licitación y en el contrato correspondiente.

Las dependencias y entidades que tengan a su cargo la ejecución de este tipo de contratos, ante cualquier circunstancia que implique la interpretación o aplicación de los ordenamientos que regulan la estructura financiera y los aspectos asociados a los procedimientos de contratación, así como a los contratos respectivos, en condiciones distintas a los presentes criterios tendrán que acudir o solicitar la intervención de la SHCP o de la SFP para que resuelvan lo procedente en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, es conveniente que en los contratos de apoyo financiero que se celebren con recursos provenientes de Fondos Federales para el Desarrollo de Infraestructura, se establezca como una condición para la entrega de los propios recursos, el que las instituciones contratantes del servicio, se sujetarán al criterio y aplicación de la LAASSP y de la LOPSRM contenido en este documento.

OP-01-2008
Agosto 2008