

¿Competencia vs. Celeridad?

El nuevo estado de licitaciones de Petróleos Mexicanos, a partir de las nuevas Disposiciones Administrativas de Contratación



El objetivo del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) a través de la Red Mexicana de Competencia y Regulación es presentar ideas en el debate público, plantear opciones viables para sentar reglas claras que fomenten la libre competencia. Las opiniones reflejadas en este documento representan a los respectivos autores y no necesariamente las de CIDAC, ni las de otras personas que colaboran con la Red Mexicana de Competencia y Regulación.

**Relatado por Miriam Grunstein (CIDE) y María Cristina Capelo (CIDAC)
a partir de las opiniones de expertos y autoridades en la materia**

La falta de transparencia en la adjudicación de los contratos por parte de Petróleos Mexicanos, la problemática relacionada con su administración y ejecución y la agudeza de los conflictos judiciales y arbitrales recientes entre Pemex y sus contratistas despertaron la preocupación sobre si las recientemente creadas Disposiciones Administrativas de Contratación (DAC), publicadas el pasado 6 de enero de 2010 en el Diario Oficial de la Federación, mejorarían las condiciones críticas de contratación del organismo, heredadas de la aplicación de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados (LOPSRM) con las mismas y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAARSP).

Así, pues la Red de Competencia y Regulación, en una iniciativa de entablar un diálogo entre miembros del sector público y de la sociedad civil, convocó a una mesa de discusión con el objeto, por una parte, de llegar a un mejor entendimiento de las razones y objetivos de las DAC, así como hacer observaciones críticas sobre sus efectos posibles sobre la competencia en la adjudicación de contratos por parte de Pemex.

Partiendo de esa premisa, este documento, que se deriva de una discusión entre expertos y autoridades del sector, busca delinear los problemas que se desprenden del nuevo sistema de licitaciones y contrataciones e impulsar un cambio en las reglas del juego.

Marco de análisis de la mesa de discusión.

Como marco de referencia para la mesa de análisis, se utilizaron los lineamientos para combatir colusiones entre ofertantes en licitaciones públicas elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A la luz de estos lineamientos, la discusión de la mesa partió de los fundamentos siguientes:

- El resultado deseable de todo proceso de licitación es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en el ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios.
- El proceso competitivo debe conducir a la innovación.
- La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas, ya que desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios del mercado competitivo.

Observaciones generales de la Sociedad Civil:

Con la creación de las DAC lo que se tiene hoy en día es un sistema de asignaciones simplificadas, cuando no directas, que depende más de la bondad de las autoridades que de un proceso transparente y competitivo de licitaciones públicas. Al extremo opuesto del sistema anterior, en el que privaba una regulación excesiva por la aplicación de la LOPSRM y la LAARSP, las DAC muestran un estado de subregulación que podría redundar en más discrecionalidad por parte de Pemex y por tanto más incertidumbre jurídica en los procesos de adjudicación de contratos. El punto de partida para esta discusión es que al privilegiar la 'adjudicación eficiente' –explicada y entendida por el gobierno como la rapidez y flexibilidad en la asignación de contratos– se pierde la oportunidad de promover la competencia y la transparencia en las contrataciones del sector, lo cual podrían resultar en ahorros importantes de recursos públicos.

Respuesta de los participantes del gobierno:

Hasta hace poco, Pemex estaba sujeto a las mismas reglas de contratación que el resto de los organismos públicos. Los objetivos a seguir bajo esas reglas tenían que ver primordialmente con ‘controlar el gasto en obras públicas’ así como la corrupción. De tal suerte, en función de esos objetivos, las reglas de contratación anteriores presentaban costos de transacción muy altos, lo cual desalentaba a los concursantes aptos, y era a su vez causa de licitaciones desiertas, sub-ejercicio presupuestal y la consecuente privación de Pemex de las mejores condiciones de precio y calidad en la contratación de adquisiciones, obras y servicios.

Desde la perspectiva de las autoridades, el cambio de reglas de contratación –la sustitución de LOPSRM y la LAASP por las nuevas DAC– tenía como objetivo ‘flexibilizar’ los procedimientos de contratación de Pemex para abrir el anillo oligopólico de empresas “habitadas” a sus procesos y abrir brechas para nuevos y mejores competidores.

Respuesta de la sociedad civil a los argumentos de los funcionarios.

A los ojos de los miembros de la sociedad civil, la preocupación de Pemex es válida, en la medida en que sus procesos de licitación han sido lentos y complicados. Es posible que a partir de la aplicación de las nuevas DAC, se consiga que Pemex cuente con procesos más ágiles de contratación. También es cierto, sin embargo que las nuevas reglas pueden tener el efecto de fortalecer el círculo oligopólico en torno a Pemex; que aumenten la discrecionalidad de los funcionarios encargados de los procesos; y que se presten incluso a abrir espacios de corrupción, resultando en poco acceso para nuevas empresas competidoras en los procesos de licitación. La celeridad y apertura en los procesos de licitación tiene el riesgo de que éstos se mantengan únicamente para el círculo de amigos de Pemex.

Es decir, el costo de efectuar procesos más ‘flexibles’ será alto en términos de competencia y transparencia; y por lo tanto, en términos de la utilización de recursos públicos y de la competitividad del sector.

¿Puede Pemex contratar discrecionalmente por ser titular de un área estratégica?

Una de las cuestiones discutidas en la mesa fue la relativa a si Pemex, por ser titular exclusivo de un área estratégica, puede contratar discrecionalmente. Al respecto, se aseveró que no debe confundirse la exclusividad de Pemex con un ensanchamiento de facultades discrecionales que pongan en riesgo el área estratégica. Los comentarios de los participantes de la sociedad civil se dieron en el sentido de que Pemex no es un fin en sí mismo sino que es un medio apuntalado para la realización del área estratégica. Luego, pues, Pemex no es más que un instrumento de la nación, y está sujeto a contratar en los términos del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), es decir, que está obligado a contratar en las mejores condiciones de precio, cantidad, eficiencia y calidad. Para cumplir con los fines señalados en la CPEUM, Pemex debe adjudicar sus contratos mediante mecanismos competitivos.

De hecho, el que Pemex sea titular de un área estratégica duplica su responsabilidad pues, no sólo es el único agente autorizado para desarrollar la totalidad de la cadena de valor del crudo y el gas sino que también debe fungir como punta de lanza para el desarrollo tecnológico y la multiplicación de proveedores nacionales por medio de su participación en las actividades autorizadas en la cadena de valor del crudo y el gas.

La problemática específica de las DAC. Más contratos pero no mejores contrataciones.

El origen de las fallas regulativas de las DAC quizá provenga de la superficialidad del diagnóstico que dio pie al paso del anterior régimen de regulación al vigente. Esto es, la ruptura con el régimen anterior partió de una adversión a la gravosidad de las LOPSRM y de la LAARSP sin resolver el problema de fondo: la calidad de las contrataciones de Pemex. Al redactar las DAC, se privilegió la libertad contractual del organismo (entendida como “capacidad de ejecución”) sin buscar los mecanismos que permitan la verdadera eficiencia en la contratación.

En la discusión se identificaron tres problemáticas específicas que tienen que ver directamente con las DAC:

a. Falta de estandarización

Existe una absoluta falta de estandarización, es decir, se tienen bases *ad hoc* para cada proyecto. El resultado es incertidumbre jurídica para los actores del sector, ya que fácilmente las reglas pueden ser específicas y moldeadas para cada proyecto y, por consiguiente, para cada empresa.

Al respecto, se comentó que se debe tener presente que la estandarización de precios puede también ayudar a los agentes a coludirse. Debe, por tanto, encontrarse el equilibrio entre predictabilidad y fiscalización.

b. Falta de claridad en las responsabilidades

Las DAC presentan una estructura compleja de asignación de responsabilidades en lo tocante a las distintas etapas de los procesos de licitación y contratación. El artículo 2 de las DAC habla de una serie de unidades administrativas responsables, entre las cuales se encuentran la Administradora del Proyecto, las Áreas de Servicios para la Contratación, mismas que están fragmentadas en varias unidades responsables como la unidad Responsable del Procedimiento, la unidad Responsable del Diseño del Contrato, la unidad Responsable de la Administración y Supervisión de la Ejecución del Contrato, la Evaluadora de Riesgos, etc.

Si bien se entiende que la intención es descentralizar el poder de administración en un solo agente, la proliferación de agentes responsables puede resultar de igual manera en un añicamiento de las responsabilidades, opacidad y mayores costos de transacción para Pemex y sus proveedores de bienes y servicios.

c. Fragilidad jurídica de las DAC. Inseguridad jurídica.

No hay fundamentos constitucionales para que un organismo descentralizado como Pemex emita disposiciones jurídicas vinculantes a terceros. Esto trae a colación un potencial sustancial de litigios, tanto por la vía del amparo como por la administrativa. Ello puede paralizar procesos importantes para Pemex y volverlos aún más torpes y gravosos que aquéllos que se llevaban a cabo de conformidad con la LOPSRM y la LAARSP.

Por otra parte, no hay procesos formales de reforma previamente establecidos por lo que las reglas pueden modificarse cuando así lo acuerde el Consejo de Administración. Esto podría tener como consecuencia la falta de estándares de contratación a que se refiere el punto *a.* de este documento.

A manera de conclusión

En resumen, la construcción del marco regulatorio inapropiado y deficiente refleja desacuerdos fundamentales sobre el rol del sector petrolero en el país. Así, a pesar de que las disposiciones parecen haber sido pensadas en principio para promover flexibilidad, así como competencia y transparencia, aún no quedan claros los efectos de las DAC pues, al día de hoy, no se ha celebrado un sólo proceso de licitación con fundamento en éstas.

Lo que se percibe en el fondo es una lucha de poder, en el que su falta de solución se refleja en la elaboración de reglas claras. En suma, el consenso tan celebrado cuando se aprobó la reforma energética, se ha quebrado al momento de su implementación administrativa, con los costos que ello implica para la salud del sector energético mexicano y de su relación con el mercado de proveedores de bienes y servicios.