



UNIVERSIDAD
DE DURANGO

Campus Chihuahua

Maestría en Amparo

Tesis:

El análisis de la regulación en materia de contratación pública de adquisiciones, servicios y arrendamientos federal y su contraste con la constitución y tratados internacionales.

Que presenta:

Antonio Eduardo García Durán

Para obtener el grado de:

Maestro en Amparo

Chihuahua, Chih., Febrero 2021

1. TEMA DE INVESTIGACIÓN (CONSTRUIR UN TÍTULO TENTATIVO DEL TRABAJO)

El análisis de la regulación en materia de contratación pública de adquisiciones, servicios y arrendamientos a nivel federal y su contraste con la constitución y tratados internacionales.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN (EXPLICAR EL ANTECEDENTE Y ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA JURÍDICO)

ANTECEDENTES

No es un secreto que en nuestro país independientemente de las múltiples reformas que se han realizados como es la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, han sido infructíferos para lograr evitar la corrupción.

Si bien, dentro de los últimos años se han creado estos ordenamientos para sancionar a servidores públicos y particulares que la cometen, no obstante es evidente según las encuestas de percepción de la corrupción, la calificación de México lo coloca en el último lugar entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).¹

Es decir los “esfuerzos” que se realizan no han sido al menos por los mexicanos percibidos como buenos o suficientes.

Hay que destacar que hay distintos tipos de corrupción, desde la que existe al interior de las empresas, como la que ocurre en las calles por parte de oficiales de vialidad, y la mas grave, la que se da por parte de servidores públicos -funcionarios de alto nivel- que practican mediante el ejercicio indebido de recursos públicos.

¹ TRANSPARENCIA MEXICANA, <https://www.tm.org.mx/ipc2019/> consultado el 23 de enero de 2021

El artículo 134 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que para ejercer los recursos públicos al menos que se deben cumplir con los principios de legalidad, económica, eficiencia, eficacia, honradez y transparencia

Por otra parte, el artículo 28 de la Constitución Política que establecen los derechos humanos de la **libre competencia, la libertad comercial, el derecho humano al progreso económico, así como la libre concurrencia.**

Dentro de estos principios es claro que las empresas o empresarios tienen todo el derecho de competir y realizar sus mejores ofertas en el mercado a efecto de que obtener sus ventas, ingresos y utilidades.

De igual forma bajo estos principios, las autoridades, pueden prohibir o limitar la libre concurrencia o competencia, mucho menos dentro de los ordenamientos legales que estos emitan.

La competencia entre oferentes en una licitación pública o la ausencia de ella inciden directamente en el crecimiento productivo de una nación. Por esta razón, la intervención de la agencia de competencia –en su calidad de garante del proceso competitivo–, durante el proceso de adjudicación de un contrato estatal (ex ante) y con posterioridad a este (ex post), es un factor indispensable para aumentar la competitividad de un país.

Michael Porter, por su parte, manifiesta que el beneficio fundamental de la competencia –y del derecho de la competencia– es la generación de crecimiento productivo por medio de la promoción de la rivalidad y la innovación. Esa es la manera de generar riqueza social.

En este sentido la materia de análisis de esta investigación es analizar el marco conceptual, legal de las contrataciones públicas en nuestro país y verificar el

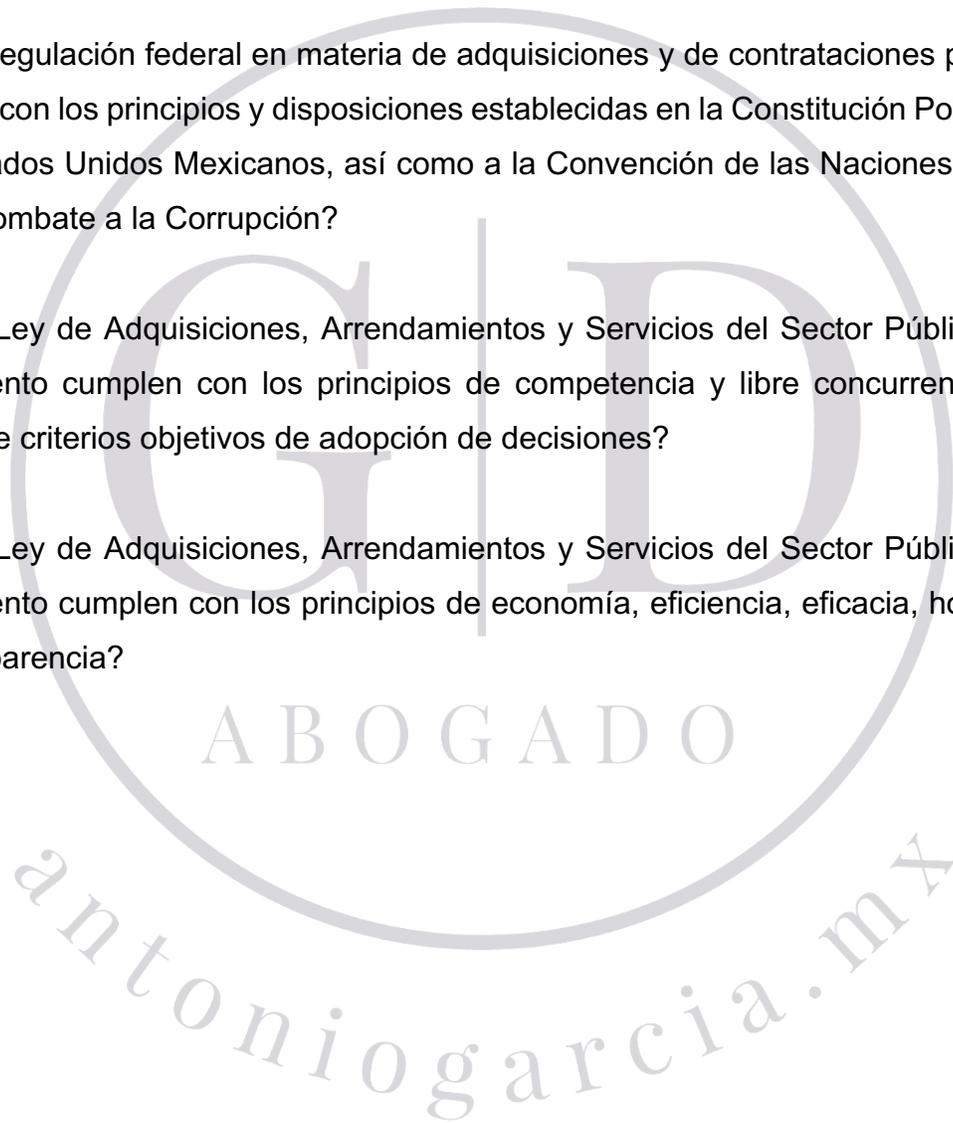
cumplimiento a los principios de competencia que establece a su vez el marco legal e identificar posibles mejoras a dicha legislación.

3. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN (QUÉ ES LO QUE ME INTERESA RESOLVER DEL PROBLEMA)

1. ¿La regulación federal en materia de adquisiciones y de contrataciones públicas cumple con los principios y disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a la Convención de las Naciones Unidas en el Combate a la Corrupción?

2. ¿La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento cumplen con los principios de competencia y libre concurrencia, así como de criterios objetivos de adopción de decisiones?

3. ¿La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento cumplen con los principios de economía, eficiencia, eficacia, honradez y transparencia?



4. HIPÓTESIS DE TRABAJO (RESPUESTAS PREVIAS O EXPLICACIONES PROVISIONALES A CADA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN)

1. ¿La regulación federal en materia de adquisiciones y de contrataciones públicas cumple con los principios y disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a la Convención de las Naciones Unidas en el Combate a la Corrupción?

Hipótesis: No, la Ley De Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento no cumple con las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que contienen porciones normativas contrarias a los principios de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad, honradez y transparencia, que establece el artículo 134 de la Carta Magna, asimismo, dentro de su normativa contiene disposiciones contrarias a la Convención de las Naciones Unidas en el Combate a la Corrupción, puesto que en las mismas existen criterios que permiten que la convocante aplique criterios subjetivos en la toma de decisiones.

2. ¿La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento cumplen con los principios de competencia y libre concurrencia, así como de criterios objetivos de adopción de decisiones?

No, no cumple con los principios de competencia, libre concurrencia, y objetividad en la adopción de decisiones, en virtud de que dentro de sus disposiciones existen ordenamientos contrarios a estos principios.

Consideramos que después de la suscripción del Convenio con las Naciones Unidas en el Combate a la Corrupción, los principios y compromisos ahí suscritos no han sido socializados entre el servicio público derivado también de que no se han establecido dentro de las políticas públicas, ni mucho menos en la legislación vigente.

3. ¿La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su reglamento cumplen con los principios de economía, eficiencia, eficacia, honradez y transparencia?

No, consideramos que si bien, los referidos ordenamientos pudieran mencionar, incluso literalmente, que sea obligación de la autoridad convocante de una licitación el respetar dichos principios, sin embargo encontramos que en la realidad existen disposiciones dentro de tales ordenamientos que van en contra de los mismos principios, puesto que dentro de etapas del procedimiento de licitación como lo son las convocatorias, las juntas de aclaraciones y fallos dentro del procedimiento de licitación, permiten dentro de su cuerpo legal la violación o contradicción de tales principios.

AGD
ABOGADO
antonio.garcia.mx

5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN (CONTESTAR ESTAS DOS PREGUNTAS: ¿PORQUÉ? Y ¿PARA QUÉ?)

El artículo 31 fracción IV de la Constitución Política, establece que todos los mexicanos estamos obligados contribuir al gasto público, esto a fin de que las autoridades nos provean de servicios públicos en nuestro beneficio, es decir, todos los mexicanos al contribuir al gasto público tenemos la obligación de a su vez exigir que las autoridades nos otorguen servicios como retribución al tributo que realizamos.

Por su parte, las autoridades no pueden ejercer los recursos que nosotros como contribuyentes al gasto público les otorgamos, sino que lo debe cumplir sin discrecionalidades y en estricto apego a los principios que desde 2008 se establecieron en la constitución, los cuales son en concreto los de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.

Ahora bien, aunado a que nuestro país concibe los principios referidos en el párrafo anterior, también derivado de la suscripción del convenio de las naciones unidas en el combate a la corrupción México como Estado Mexicano se encuentra obligado a reformar su normatividad interna a efecto de dar cumplimiento al mencionado convenio de Mérida ya que si su legislación así como sus actos estarían siendo inconstitucionales por ir en contra de la Constitución o bien inconvenientes por ir en contra de un tratado internacional suscrito por México a través de una Convención.

También es importante hacer saber que, lo que nos motiva a realizar esta investigación, son las múltiples notas periodistas, así como rumores que existen en la sociedad, de que los gobiernos, sin distinción de nivel y competencia, realizan procedimientos de contratación denominados “amañados” es decir, desajustados a derecho o bien, bajo estrategias en contubernio con proveedores, a fin de si bien realizar el procedimiento de licitación por mera formalidad legal, sin que se sigan o

se cumplan los procedimientos y principios establecidos en la normatividad aplicable.

De igual forma, hay que destacar que en la actualidad existen muy pocas investigaciones en la materia, lo que hace que consideremos un área de oportunidad realizar la investigación puesto que consideramos que eventualmente la misma podría servir para dar paso a la elaboración de un texto que sirva como base para el estudio de las contrataciones públicas, lo anterior con independencia de que como resultado de esta tesis se puedan proponer mecanismos que permitan dar cumplimiento a lo establecido en la constitución política y los tratados internacionales.

Por último la referida ley establece infracciones o sanciones a la misma, no obstante recientemente se unificaron las responsabilidades administrativas para lo cual se expidió la Ley General de Responsabilidades Administrativas en donde se establecieron las sanciones administrativas para servidores públicos y particulares de todos los niveles y órdenes de gobierno.

ABOGADO

antonio.garcia.mx

6. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo General

Analizar si la legislación en materia de contrataciones públicas, se ajusta a la Constitución Política Nacional y los tratados internacionales.

Objetivos Específicos

1. Analizar la normatividad en cuanto al cumplimiento de los principios de competencia y libre concurrencia, así como de criterios objetivos de adopción de decisiones.
2. Analizar la normatividad en cuanto al cumplimiento de los principios de economía, eficiencia, eficacia, honradez y transparencia?

7. DELIMITACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN

La delimitación se centrará al cumplimiento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la cual deben de cumplir tanto la administración central, sus descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos, las entidades federativas y municipios que ejerzan recursos federales.

La temporalidad de la investigación se centra desde la entrada en vigor de la Ley De Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público el 4 de enero de 2000, hasta la fecha de presentación del presente trabajo.

8. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN (PRECISAR Y EXPLICAR BREVEMENTE LOS MÉTODOS Y TÉCNICAS QUE SE USARAN EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO)

En la elaboración de la investigación se seguirán los siguientes lineamientos metodológicos y técnicos:

A. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Empírico de carácter descriptivo, explicativo y propositivo.

B. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Aplicada de carácter empírico-cualitativo

C. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Para el desarrollo del presente proyecto se utilizarán los siguientes métodos de investigación:

1. **MÉTODO CIENTÍFICO.** Este método se aplicará básicamente pues partiré de la observación del problema y la formulación de interrogantes e hipótesis y su correspondiente verificación.

2. **MÉTODO HISTÓRICO.** Para efecto de indagar y conocer los antecedentes de la implementación del sistema integral de justicia penal para adolescentes en el estado de Zacatecas.

3. **MÉTODO ANALÍTICO.** A efecto de identificar los factores endógenos y exógenos que llevan a los adolescentes a cometer delitos, así como el tratamiento de las medidas sancionadoras en el estado de Zacatecas.

4. MÉTODO DIALECTICO. Con la finalidad de confrontar ideas e información que se recabe con los lineamientos establecidos en la ley especial.

D. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1. La investigación documental, consistente en información bibliográfica, hemerográfica, legislativa, jurisprudencial y electrónica.

9. CAPITULADO TENTATIVO (CONSTRUIR UN ÍNDICE TENTATIVO DEL TRABAJO QUE CONTENGA LOS TEMAS Y SUBTEMAS QUE PRETENDEMOS DESARROLLAR PARA ANALIZAR Y RESOLVER LA PROBLEMÁTICA).

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

I.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.-

I.2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA LICITACIÓN PUBLICA

I.3. REFORMAS AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL

I.4. CONTENIDO Y ALCANCES DEL ACTUAL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL

CAPITULO II LA LICITACIÓN PÚBLICA

II.1. SIGNIFICADO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

II.2. NATURALEZA DE LA LICITACIÓN PUBLICA

II.3. LA LICITACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

II. 4. LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

II.5. PRINCIPIOS GENÉRICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

II.6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

II.7. PRINCIPIOS DE INTEGRIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

III. LAS ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

III.1. ASPECTOS GENERALES DE LAS ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

III.2. LA COMPLEJIDAD DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

III. 3. MODALIDADES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

III. 4. LAS ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

III.4.1. LA AUTORIZACIÓN PRESUPUESTARIA

III. 4.2. INVESTIGACIÓN DE MERCADO.

III.4.3. ELABORACIÓN DE PREBASES

III.4.4. ELABORACIÓN DE BASES DE LICITACIÓN.

III.4.5. PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA.

III.4.6. JUNTA DE ACLARACIONES.

III.3.7. PRESENTACIÓN Y APERTURA DE PROPUESTAS.

III.4. 9. EL FALLO

IV. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA

IV.1 EL DICTAMEN DE EXCEPCIÓN

IV.2. SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN

IV. 3. REQUISITOS DEL DICTAMEN DE EXCEPCIÓN

IV. 4. INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS

IV.5. PROCEDIMIENTO DE INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS.

VI. LA CONTRATACIÓN

V.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

V.2. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS

V.3. GARANTÍA DE LOS CONTRATOS

V.4 RECISIÓN DE CONTRATO Y TERMINACIÓN ANTICIPADA

VI. EL DERECHO A LA COMPETENCIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

IV. 1. NOCIONES DE LA COMPETENCIA

VI. 2. LA LIBRE CONCURRENCIA Y LIBRE COMPETENCIA

VI. 3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO SUJETO DE LA COMPETENCIA

VI.4. LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

VI.5. LA COMPETENCIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

VI.6. LA COMPETENCIA SEGÚN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL CONTRA LA CORRUPCIÓN

VII. VICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

CONTENIDO

I.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.-

La licitación pública fue conocida desde el derecho romano como una forma de celebrar contratos con el Estado, ya que los bienes adquiridos por éste en conquistas o herencias, se vendían públicamente al mejor postor.

A esta venta se le conocía como bonorum sectio, venditio o subhastatio, significando “bajo la lanza”, debido a que en el lugar en donde se realizaba la venta, se plantaba una lanza² o hasta³.

Por otra parte Código Justiniano se incluyó dentro del capítulo denominado “De subhastatione ob publice rationis necessitatem” el régimen del asta pública para las ventas de bienes propiedad del Estado, así como de la realización de obras públicas⁴.

La adjudicación de los contratos, encomendada al censor, estaba regida por tres instituciones: la fórmula del contrato (lex censoria), subasta pública (licitatio) y la garantía personal y real (praedes, praedia).⁵

En relación a la fórmula del contrato se debe hacer referencia a la lex locationi o lex operis locandi, análoga al pliego de condiciones que actualmente en la legislación

² LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p.51.

³ El significado en español del latín “hasta” es lanza. <http://www.didacterion.com/esddl.php>. Consulta realizada el 18 de enero de 2012

⁴ RAMOS TORRES, Daniel, *Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente y la jurisprudencia*, México, Escuela Nacional de Administración Pública, S.C., 2004, p. 89.

⁵ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, *op.cit.*, nota 1, p. 52.

Mexicana para especificar los aspectos relacionados a la obra pública tales como pagos, estimaciones entre otros.

En cuanto a la **subasta pública**, ésta era un procedimiento necesario para poder realizar la adjudicación a la persona que ofreciera la oferta más barata. La autoridad encargada de realizar estas adjudicaciones era, como ya se había comentado, el *censor*.

En relación a la **garantía personal y real**, tal y como su nombre lo indica, se refería a la garantía que debían constituir los oferentes, la cual podía consistir en fianzas personales o hipotecas sobre los propios fundos.⁶

EDAD MEDIA.

Durante la Edad Media se llevaban a cabo las subastas conocidas como “a mata candela” o “a vela y pregón”, las cuales consistían en realizar la subasta y recibir las ofertas para la misma mientras una vela permanecía encendida; una vez que la vela se había consumido, la adjudicación se le otorgaba a la oferta más barata que se hubiera presentado durante este tiempo.⁷

ESTADO MODERNO.

En el Siglo XVI, específicamente en Francia, se estableció en la legislación referente a las adquisiciones del Estado, que las mismas se debían otorgar a la oferta más barata que se hubiera presentado; sin embargo, aún y con lo ya mencionado, se

⁶ SÁNCHEZ DE LA MORA, Ana Cristina. “La Licitación Pública” Universidad Panamericana, p8.

⁷ SANCHEZ DE LA MORA, Ana Cristina. Ob cit.

realizaron actos de corrupción debido a que no siempre se llevaba a cabo el procedimiento legalmente establecido y, por el contrario, se celebraban contratos de obras públicas sin adjudicaciones.⁸

Los antecedentes más antiguos en nuestro país relacionados con la ejecución de obras públicas se encuentran en la época prehispánica, las cuales, como símbolo de estratificación social, eran encomendadas a los vencidos para su realización.

Estas obras estaban dirigidas al desarrollo de las ideas imperiales y religiosas de aquellas sociedades cuya imposición representaba una de las principales finalidades de su actividad.

NUEVA ESPAÑA.

Se cree que la primera licitación pública que se llevó a cabo en México se realizó en el año 1767, en la época del Virrey Carlos Francisco de Croix, referida a la obra pública sobre el desagüe de la Ciudad de México. Para crear este proyecto se impuso una contribución sobre rentas de casas, huertas y tierras, pidiendo la cooperación de las clases privilegiadas.⁹

Por otro lado, al igual que en España, se puso en marcha la enajenación en subasta pública de los oficios concejiles, adjudicados al mejor postor.

⁸ LOPEZ ELIAS, Pedro, op cit. p 53

⁹ GONZALEZ COSSIO. Francisco, Historia de las obras públicas en México, Secretaría de Obras Públicas 1973, p 146

MÉXICO INDEPENDIENTE.

En 1852 se empezaron a realizar adjudicaciones para la realización de obra pública por medio de subastas, remates o licitaciones.

Más tarde, en 1856 el presidente Ignacio Comonfort expidió el “Decreto del Gobierno sobre Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas que Administren como Propietarios las Corporaciones Civiles o Eclesiásticas de la República”, en el cual se establecía en el artículo quinto que las fincas urbanas y rústicas que no estuvieran arrendadas a la publicación de esa ley, se adjudicarían al mejor postor en almoneda.¹⁰

En este sentido, se expidieron una serie de leyes y decretos, algunas de ellas enunciadas a continuación:¹¹

- Decreto de 9 de octubre de 1826, autorizando al gobierno para contratar la apertura y arreglo de los caminos nacionales.
- Ley de 29 de marzo de 1834, que fija las reglas generales a que debe sujetarse el gobierno, para la apertura de esos caminos.
- Ley de 25 de marzo de 1835, que aclara la ley de 29 de marzo de 1834 en el sentido de su no retroactividad.
- Decreto de Santa Anna de 24 de septiembre de 1843 que da reglas generales sobre los caminos.
- Constitución Política de 1857 en su artículo 72, fracción XXII, facultando al Congreso de la Unión el expedir leyes sobre vías generales de comunicación.

¹⁰ LOPEZ ELIAS, José Pedro, op. Cit. P 31.

¹¹ Ibidem. p 32

- Decreto de 17 de enero de 1868, sobre conservación de caminos y penas que deben imponerse a los que los deterioren.

Como se podrá observar, es en esta época cuando se empezó a utilizar en la Administración Pública la figura de la licitación, a la que, como ya se ha mencionado, se le llamaba subasta o remate.

José María del Castillo Velasco menciona en su obra *“Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano”*, lo que a continuación se indica:

*“No es obligatorio, sino potestativo en la administración ejecutar dichas obras (públicas) y desempeñar tales servicios por sí misma o por medio de particulares que se comprometen a suplir los cuidados del gobierno mediante una cantidad convenida ... se verifican tales contratos para toda clase de obras y servicios por cuenta del Estado, mediante la subasta y en remate público y solemne ante la autoridad a quien corresponde”.*¹²

I.2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Al expedirse la Constitución Política¹³ de 1917, se incluyó el artículo 134, el cual establecía el siguiente texto:

“Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta, mediante convocatoria, y para que

¹² CASTILLO VELASCO, José María del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, México Castillo Velasco e hijos, 1875, pp 47 y 48

¹³En lo sucesivo, CPEUM.

se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierta en junta pública.”¹⁴

En este entonces y como se puede advertir de dicho numeral, solo se previa la posibilidad de que el estado pudiera contratar obras públicas, sin mencionar procedimiento alguno respecto a adquisiciones, servicios u arrendamientos

Dicho texto permaneció integro hasta su reforma en 1982 que señalaremos mas adelante, sin embargo, en este tiempo se emitieron diversa legislación que regulaba los contratos administrativos de adquisición de bienes muebles y de obras públicas, tales como las que se enuncian a continuación:

- **Ley de Inspección de Adquisiciones de 1965.**

Por medio de esta ley, la Administración Pública podía celebrar con los particulares inscritos en el Padrón de Proveedores del Gobierno Federal, contratos administrativos de instalación, reparación y adquisición de bienes muebles.

También establecía como medio de defensa la “inconformidad” contra las resoluciones que negaran la inscripción en el Padrón de Proveedores o las que impusieran sanciones previstas en ley; el cual se presentaba ante el entonces Secretario del Patrimonio Nacional.¹⁵

¹⁴RABASA, Emilio, *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 274. Versión digitalizada, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/594/19.pdf>. Consulta realizada el día 16 de agosto de 2010.

¹⁵RAMOS TORRES, Daniel, *op.cit.*, nota 2, p. 91.

La aplicación de esta ley estaba encomendada a las Secretarías del Patrimonio Nacional, de Hacienda y Crédito Público, así como de Industria y Comercio.

- **Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1965.**

Esta ley regulaba la contratación de obras públicas que realizaba la Administración Pública, otorgándole a la Secretaría del Patrimonio Nacional la facultad de hacerse cargo del Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, así como de la vigilancia de la subasta, adjudicación y ejecución de los contratos antes referidos.

También se establecía que los contratos de obras públicas, tenían que contar con la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como de la Presidencia.

Finalmente se facultó a la Secretaría de Obras Públicas para emitir las bases, normas generales y los criterios para la integración de los precios unitarios aplicables a la contratación y ejecución de la obra pública.¹⁶

- **Ley de Inspección de Adquisiciones de 1972.**

Al igual que en la anterior legislación en materia de adquisiciones, se estableció como medio de defensa contra la negativa de inscripción en el padrón de

¹⁶*Ibidem*, p. 93.

proveedores o la imposición de sanciones a los mismos, la inconformidad; sin embargo en lugar de presentarlo ante el Secretario del Patrimonio Nacional, como anteriormente se realizaba, ésta se presentaba ante un consejo conformado por representantes de la Secretaría del Patrimonio Nacional, de Hacienda y Crédito Público, así como de la Presidencia.

En este orden de ideas, como esta ley se refería exclusivamente a las adquisiciones realizadas por la Administración Pública, era necesario presentar ante la Secretaría del Patrimonio Nacional los programas y presupuestos anuales de adquisiciones de las dependencias y entidades para su debida autorización.¹⁷

También se estableció que para la adquisición de bienes extranjeros, era necesario obtener una autorización del Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

- **Ley de Inspección de Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal de 1979.**

Dentro de este ordenamiento, se otorgaron facultades a favor de la Secretaría de Comercio y no se adjetivó el medio de defensa para impugnar la negativa de registro ante el Padrón de Proveedores o la imposición de multas.

De igual forma, estableció como su objeto la regulación de adquisición de los bienes muebles de la Administración Pública Federal, el arrendamiento y prestación de servicios de los mismos, así como la administración de sus almacenes.¹⁸

¹⁷*Ibidem*, p. 91.

¹⁸*Ibidem*, p. 92.

Esta ley fue omisa al establecer a la licitación como procedimiento previo para la adjudicación del contrato administrativo, debido a que se utilizaban las normas que emitiera la Secretaría de Comercio para la adquisición de muebles y para la celebración de concursos; también respecto de la celebración de contratos de arrendamiento de bienes muebles y la operación de sus almacenes.

- **Ley de Obras Públicas de 1980.**

Por medio de esta ley se facultó a la Secretaría de Programación y Presupuesto para interpretar dicha ley para efectos administrativos, así como encargarse de todo lo relativo a la organización y control del Padrón de Contratistas de Obras Públicas.

Fue una ley de orden público e interés social, la cual regulaba el gasto y todo lo relacionado a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, demolición y control de las obras públicas.¹⁹

Por otro lado, fue la primera en establecer el concepto de licitación pública al mencionar que los contratos de obras públicas se adjudicarían a través de licitaciones públicas.

I.3. REFORMAS AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL

ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

La publicación original del artículo 134 constitucional, data del 5 de febrero de 1917, el cual en ese entonces contenía lo siguiente:

¹⁹*Idem.*

Artículo 134.- Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras publicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.

REFORMA DE 1982 AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

El 27 de diciembre de 1982 se realizó una reforma al artículo 134 constitucional, estableciendo la licitación pública como el procedimiento administrativo utilizado para la selección del cocontratante de la Administración Pública respecto de contratos relativos a adquisiciones, arrendamientos, enajenación de bienes, prestación de servicios y contratación de obras públicas.

Artículo 134.- 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, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

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.

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.

El manejo de recursos económicos federal se sujetará a las bases de este Artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.²⁰

Se podrá claramente advertir que contrario al artículo primario y publicado en 1917, en este se incluyó el procedimiento necesario para realizar las adjudicaciones de los contratos administrativos; también se incluyeron las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza, y no sólo la ejecución de obras, como anteriormente se regulaba.

Una gran cualidad de esta reforma es que establece como requisito de las adjudicaciones, que las mismas deban ser las que aseguren al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes y no sólo en cuanto al precio como anteriormente estaba regulado.

De la anterior reforma se puede ver claramente que lo que el constituyente permanente busca es que las contrataciones que realiza la Federación y el Distrito Federal deben de cumplir con los principios y requisitos en ella establecidos, dejando ambiguo y de lado a todas las entidades federativas y sus municipios.

²⁰Diario Oficial de la Federación, de fecha 27 de diciembre de 1982.

Después de la reforma constitucional que sufrió el artículo 134, se expidieron varias leyes relacionadas con la materia, las cuales se analizarán brevemente a continuación:

- **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles de 1985.**

Ley de orden público e interés social, que se expidió para regular la planeación, programación, presupuestación y control realizadas por las dependencias y entidades federales.

Se facultó para la interpretación de la ley a las Secretarías de Programación y Presupuesto, Comercio y Fomento Industrial y a la Contraloría General de la Federación.

Por otra parte, se establecía como obligatorio el estar inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal, así como la excepción de contratar con proveedores no inscritos en el padrón cuando se tratara de artículos perecederos, bienes usados, campesinos, comuneros, grupos marginados, cuando peligrara o se alterara el orden social, la economía, los servicios públicos, salubridad, seguridad, ambiente como consecuencia de desastres y en operaciones de monto menor.²¹

Entre otras cosas, se regularon los lineamientos para las convocatorias, las bases de la licitación, las garantías que debían otorgar los aspirantes a proveedores y los adjudicatarios de los pedidos y contratos, las sanciones aplicables a los infractores

²¹RAMOS TORRES, Daniel, *op.cit.*, nota 2, p. 95.

y los recursos oponibles contra las resoluciones de la Secretaría de Programación y Presupuesto y la Contraloría General de la Federación.

Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación²² el 08 de febrero de 1985.

- **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993.**

En este marco normativo se tuvo la visión de unificar tanto las obras públicas como las adquisiciones que son los mas grandes rubros del gasto público.

Entre los cambios más importantes que se presentaron en esta ley, aparte de la fusión anteriormente mencionada, se encuentran los siguientes:

- Se eliminaron los Padrones de Proveedores y Contratistas de Obras Públicas.
- Se estableció la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa como los procedimientos para la selección de cocontratantes con el Estado, referidos a los contratos en materia de adquisiciones y obras públicas.
- Se les otorgó a las licitaciones públicas un carácter tanto nacional como internacional.
- Se le otorgaron facultades de interpretación de la ley a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Contraloría General de la Federación y a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

²²En lo sucesivo DOF.

- Se estableció la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, se incluyera en los contratos una cláusula arbitral.
- Se reguló el derecho de los particulares a inconformarse por actos en el procedimiento de contratación que no fueran apegados a la ley, así como de presentar un recurso de revocación para los casos en que la mencionada inconformidad no prosperara.

Fue publicada en el DOF el 30 de diciembre de 1993.

- **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de 2000.**

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público²³ fue publicada en el DOF el día 04 de enero de 2000, estableciendo, al igual que su antecesora, que la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa son los procedimientos utilizados para la celebración de contratos administrativos respecto a las materias englobadas en la ley.

Se estableció como el objeto de la ley lo relativo a regular acciones relacionadas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, así como la prestación de

²³En lo sucesivo LAASSP.

servicios de cualquier naturaleza que realicen las dependencias y entidades federales.²⁴

También, se facultó para su interpretación a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de Economía y a la Contraloría General de la Federación, para posteriormente, con las reformas que ésta ley ha sufrido, otorgarle estas funciones a la Secretaría de la Función Pública.

Por otro lado, se estableció el derecho de los licitadores para presentar inconformidades ante EL Órgano Interno de Control por cualquier acto en el procedimiento de contratación que contraviniera las disposiciones que regían las materias objeto de la ley.²⁵

Finalmente, en su último capítulo, se estableció un procedimiento de conciliación a favor de los cocontactantes con la Administración Pública para los casos en que existiera incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades, pudieran presentar quejas ante el Órgano Interno de Control.²⁶

Actualmente, esta ley se encuentra en vigor.

- **Reformas a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.**

²⁴Artículo 1° de la LAASSP.

²⁵Artículo 65 de la LAASSP.

²⁶Artículo 71 de la LAASSP.

Al tener dicho ordenamiento a la fecha más de 20 años de haberse emitido, es evidente que su contenido se ha reformado con el paso de los años, por lo cual mostramos las reformas que se han realizado sobre la ley en comento desde el año 2000 hasta el 22 de agosto de 2020:²⁷

- Decreto del 13 de junio de 2003, por medio del cual se reformó el artículo 27 de la presente ley, incluyendo aspectos relacionados con la eficiencia energética y uso responsable del agua.
- Decreto del 07 de julio de 2005, por medio del cual se reformaron y adicionaron diversos artículos, otorgándole las facultades establecidas anteriormente en favor de la Contraloría a la Secretaría de la Función Pública; incluyendo aspectos relacionados con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, así como la inclusión de nuevas figuras dentro del procedimiento, tales como la delegación de facultades por parte de los titulares de las dependencias o entidades, la contratación a futuro, regulación adicional sobre las licitaciones realizadas por medios remotos, información adicional que se debe establecer en las bases de licitación, la eliminación de las dos etapas en las que se dividía el estudio de las propuestas presentadas para convertirla en una sola y uniformar dicho estudio, un procedimiento más específico y con una regulación de rescisión de los contratos celebrados, plazos más cortos para eficientar las diversas etapas que conforman tanto el procedimiento licitatorio, como los medios de impugnación y procedimiento conciliatorio; es decir, la legislación en esta materia, se reguló de una manera mucho más completa.
- Decreto del 21 de agosto de 2006, por medio del cual se adicionó un tercer párrafo del artículo primero de la ley, en relación a las adquisiciones,

²⁷Información tomada de la página oficial de la Cámara de Diputados. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm> Consulta realizada el 23 de enero de 2021.

arrendamientos y servicios realizadas por los Centros Públicos de Investigación con los recursos autogenerados de los Fondos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico previstos en la Ley de Ciencia y Tecnología.

- Decreto del 20 de febrero de 2007, por medio del cual se reformó el artículo 28 de la ley, otorgando a las Secretarías de Economía y de la Función Pública las facultades previstas en dicho artículo, así como modificando las licitaciones internacionales y estableciendo una nueva clasificación de licitación conocida como “Licitación Internacional Abierta”.
- Decreto del 05 de septiembre de 2007, por medio del cual se reformó el artículo 27, primer párrafo y se adicionó el segundo párrafo a la fracción III del artículo 22 y el segundo párrafo del artículo 27, respecto de aspectos relacionados a la sustentabilidad ambiental, y a la optimización y uso sustentable de los recursos, así como de materiales adquiridos previamente certificados ante la SEMARNAT.²⁸
- Decreto del 01 de octubre de 2007, por medio del cual se reformaron los artículos 31 segundo párrafo, 36, fracción II y 39, párrafo primero, y se adicionó el artículo 34, párrafo tercero, incluyendo en la ley aspectos relativos al proceso de competencia y libre concurrencia de acuerdo con la Ley Federal de Competencia Económica.
- Decreto del 02 de julio de 2008, por medio del cual se reformaron y adicionaron diversos artículos de la ley, incluyendo la modalidad “ofertas subsecuentes de descuentos”, así como una regulación un poco más específica sobre las licitaciones llevadas a cabo por medios electrónicos.

²⁸Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

- Decreto del 28 de noviembre de 2008, por medio del cual se adicionó un tercer párrafo al artículo primero de la ley, excluyendo de la aplicación de esta ley las adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados con las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos tercero y cuarto de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que realicen Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.
- Decreto del 23 de marzo de 2009, por medio del cual se reformó el segundo párrafo de la fracción III del artículo 22, y el primer párrafo del artículo 27 en relación a la sustentabilidad ambiental y protección al medio ambiente.
- Decreto del 28 de mayo de 2009, el cual contiene hasta ahora la reforma más extensa que ha sufrido esta ley, pues se reformaron casi la totalidad de los artículos que la conforman, para incluir entre otras cosas, el sistema CompraNet, las investigaciones de mercado y conceptos tales como precio no aceptable y precio conveniente.
- Decreto del 15 de junio de 2011, por el que se reformó el artículo 18 de la ley, haciendo cambios exclusivamente de redacción.
- Decreto por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

- Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
- Decreto por el que se adiciona un párrafo quinto al artículo 1 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas de 2000.**

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas²⁹ fue publicada en el DOF el día 04 de enero de 2000, estableciendo, al igual que su antecesora, que la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa son los procedimientos utilizados para la celebración de contratos administrativos respecto a las materias englobadas en la ley.

Se estableció como objeto de la ley, el regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.³⁰

²⁹En lo sucesivo LOPSRM.

³⁰Artículo 1° de la LOPSRM.

También, se facultó para su interpretación a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de Economía y a la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaria de la Función Pública).

Posteriormente y al igual que en la LAASSP, se estableció el derecho a los licitadores a inconformarse ante la Contraloría, por los actos que se puedan presentar en el procedimiento de contratación y que contravengan lo establecido en la ley bajo ciertos supuestos establecidos en la misma.³¹

Finalmente, en su último capítulo, se estableció un procedimiento de conciliación a favor de los cocontactantes con la Administración Pública para los casos de incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades.³²

Esta ley, al igual que la LAASSP, se encuentra actualmente en vigor.

- **Reformas a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.**

La LOPSRM ha sido reformada en diversas ocasiones, a continuación se establecen las mismas:³³

- Decreto del 13 de junio de 2003, por medio del cual se reformó el artículo 28 de la misma, estableciendo aspectos relacionados con la eficiencia energética y uso responsable del agua.

³¹Artículo 83 de la LOPSRM.

³²Artículo 89 de la LOPSRM.

³³Información tomada de la página oficial de la Cámara de Diputados. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopsrm.htm> Consulta realizada el 23 de enero de 2021.

- Decreto del 07 de julio de 2005, por medio del cual se reformaron y adicionaron diversos artículos, otorgándole las facultades establecidas anteriormente en favor de la Contraloría a la Secretaría de la Función Pública; incluyendo aspectos relacionados con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, así como la inclusión de nuevas figuras dentro del procedimiento, tales como la delegación de facultades por parte de los titulares de las dependencias o entidades, la contratación a futuro, regulación adicional sobre las licitaciones realizadas por medios remotos, sobre el registro de contratistas, información adicional que se debe establecer en las bases de licitación, la eliminación de las dos etapas en las que se dividía el estudio de las propuestas presentadas para convertirla en una sola y uniformar dicho estudio, un procedimiento más específico y con una regulación de rescisión de los contratos celebrados, plazos más cortos para eficientar las diversas etapas que conforman tanto el procedimiento licitatorio, como los medios de impugnación y procedimiento conciliatorio, incapacidades de los oferentes, entre otros; es decir, la legislación en esta materia, se reguló de una manera mucho más completa.
- Decreto del 01 de octubre de 2007, por medio del cual se reformaron los artículos 33, párrafo segundo, y 45, párrafo tercero, y se adicionó el artículo 36, con un párrafo tercero, incluyendo en la ley aspectos relativos al proceso de competencia y libre concurrencia de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica.
- Decreto del 28 de noviembre de 2008, por medio del cual se adicionó un tercer párrafo al artículo primero de la ley excluyendo de la aplicación de ésta las adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados con las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos tercero y cuarto de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que realicen Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.

- Decreto del 28 de mayo de 2009, el cual contiene hasta ahora la reforma más extensa que ha sufrido esta ley, pues se reformaron casi la totalidad de los artículos que la conforman, para incluir entre otras cosas, el sistema CompraNet, obras públicas asociadas a proyectos de infraestructura, proyecto ejecutivo, arquitectónico y de ingeniería.
- Decreto del 16 de enero de 2012, por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Decreto del 04 de abril de 2012 por el que se reforman diversas Leyes Federales, con el objeto de actualizar todos aquellos artículos que hacen referencia a las Secretarías de Estado cuya denominación fue modificada y al Gobierno del Distrito Federal en lo conducente; así como eliminar la mención de los departamentos administrativos que ya no tienen vigencia.
- Decreto del 11 de agosto de 2014 por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
- Decreto del 13 de enero de 2016 por el que se adiciona la fracción XXI al artículo 31 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

SEGUNDA REFORMA DE 2007 AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

El 13 de septiembre de 2007 se publicó en el DOF una reforma al artículo 134 constitucional, en donde se adicionaron los tres párrafos de los que contenía previamente.

Dicha reforma se realizó de acuerdo a las reformas constitucionales en materia electoral que en esa misma fecha se realizaron, por lo que se refiere básicamente a que los servidores públicos tanto de la Federación como de los Estados, Municipios y Distrito Federal, tendrán la obligación de aplicar de manera imparcial los recursos públicos sin dejarse influir por la competencia entre los partidos políticos, así como que la propaganda difundida por las dependencias y entidades de la Administración Pública, entre otros deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social sin promocionar a ningún servidor público.

Artículo 134. ...

...

...

...

...

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos

autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

TERCERA REFORMA DE 2008 AL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

El 07 de mayo de 2008, se publicó en el DOF una tercera reforma el artículo 134 constitucional, en donde además de adicionar un segundo párrafo referente al análisis que deben realizar las instancias técnicas establecidas sobre el ejercicio de los recursos económicos, se reformaron el primer y quinto párrafo del artículo en donde se hizo referencia no sólo al Gobierno Federal, al Distrito Federal, y a sus respectivas administraciones públicas paraestatales, sino también a los Estados, Municipios y órganos políticos-administrativos de las demarcaciones territoriales; aumentando también a los principios que rigen el uso de los recursos económicos los de economía y transparencia.

A continuación se transcribe el texto con dicha reforma al artículo 134 constitucional.

Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 74, fracción VI y 79.

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.

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.

El manejo de recursos económicos federales por parte de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los

recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

CUARTA REFORMA AL ARTÍCULO 134 DEL 29-01-2016

Básicamente esta reforma tiene por objeto modificar lo que se establecía como Distrito Federal por ahora la Ciudad de México.

Los párrafos reformados son los que a continuación se señalan:

1º Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

2º Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación y las entidades federativas, con el objeto de propiciar que los recursos económicos

se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo precedente. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 26, Apartado C, 74, fracción VI y 79 de esta Constitución.

Por su parte se inserta un 5° y 6° párrafo quedando de la siguiente forma:

5° El manejo de recursos económicos federales por parte de las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

6° Los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

I.4. CONTENIDO Y ALCANCES DEL ACTUAL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL

LEGISLACIÓN ACTUAL

Actualmente el texto del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el siguiente:

Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Párrafo reformado DOF 07-05-2008, 29-01-2016

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación y las entidades federativas, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo precedente. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 26, Apartado C, 74, fracción VI y 79 de esta Constitución.

Párrafo adicionado DOF 07-05-2008. Reformado DOF 29-01-2016

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.

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.

El manejo de recursos económicos federales por parte de las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

Párrafo reformado DOF 07-05-2008, 29-01-2016

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.

Párrafo adicionado DOF 13-11-2007. Reformado DOF 29-01-2016

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o

símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Párrafo adicionado DOF 13-11-2007

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar. Párrafo adicionado DOF 13-11-2007

Artículo reformado DOF 28-12-1982

Conforme al texto actual de dicho artículo, no solo la Federación y la hoy Ciudad de México se encuentran obligados al cumplimiento a los principios y disposiciones establecidas en este numeral, puesto que con la reforma de 2008, se contempla a la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México.

Hay que destacar que existen múltiples legislaciones secundarias para el ejercicio de los recursos públicos de índole federal pero también local en cada una de las entidades federativas.

II. LA LICITACIÓN PÚBLICA

II.1.SIGNIFICADO DE LICITACIÓN PÚBLICA.

Como hemos mencionado, las contrataciones públicas tienen su origen en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro de

cuales establece la forma en que se deberá de realizar el ejercicio del presupuesto y contempla los principios rectores de ese ejercicio.

A su vez en el referido numeral establece en su tercer párrafo que por regla general las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes así como la obra pública, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública, a mayor abundamiento se transcribe dicho numeral:

“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.”

En este sentido tenemos que las autoridades – quienes ejercen el presupuesto de egresos- deben de realizar la contratación mediante un concurso que se le llama en el derecho público Licitación Pública.

Para iniciar con esta concepción, nos dice el Manuel Lucero que la palabra licitación pública ha sido usada confusa en nuestra legislación, puesto que para referirse a ella se usan como sinónimos mas de “concurso” o “subasta” las cuales resultan impropias desde el punto de vista juridico, en cuando que para el derecho tales términos tienen una concepción diferente.³⁴

³⁴ Lucero Espinosa, Manuel, La licitación pública, 2ª ed actualizada, México, Editorial Porrá, 2002, p7.

En nuestra legislación, la palabra licitación ha sido usada como sinónimo de concurso, pues tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles de 1985 como en su reglamento³⁵, al igual que en la Ley de Obras Públicas de 1980 y su reglamento³⁶, se hacía alusión al “concurso” o “subasta”; inclusive, en las publicaciones de las convocatorias que se hacen en el DOF³⁷ se puede observar que a las mismas se les llama “Convocatorias de Concursos”.

Pero hablando etimológicamente, el maestro Daniel Ramos nos dice que licitación deriva de la voz latina *licitacione* que es ablativo de *licitatio-onis*, que significa “venta en subasta”, “venta por lanzas” o “el ofrecimiento de precio en cualquier venta”.³⁸

Según el diccionario de la Real Academia Española, el significado gramatical de la palabra “licitación” es la acción de ofrecer un precio por una cosa en subasta o almoneda.³⁹

Derivado del concepto anterior, surge una confusión al considerar a la subasta como sinónimo de licitación; sin embargo, aún y cuando la licitación y la subasta comparten la existencia de una concurrencia que tiene interés en que se les adjudique un contrato, ambos son institutos jurídicos diferentes, por lo que no deben ser considerados como sinónimos.

³⁵Artículo 46 de la Ley y artículos 20 fracción II y 22 del Reglamento.

³⁶Artículos 24 y 58 de la Ley y artículos 19, 24, 29 y 31 del Reglamento.

³⁷DOF del 13 de mayo de 2010, “CONVOCATORIAS PARA CONCURSOS DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS, OBRAS Y SERVICIOS DEL SECTOR PUBLICO”.

³⁸ Ramos Torres, Daniel, Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente, y la jurisprudencia, México, Escuela Nacional de Administración Pública, 2004, p.99

³⁹Real Academia Española, página de internet: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=licitaci%F3n. Consulta realizada el 31 de diciembre de 2010.

Al respecto, las principales diferencias existentes entre la licitación pública y la subasta son las siguientes:

Subasta	Licitación Pública
No hay selección de cocontratantes.	Sí hay selección de cocontratantes.
Se elige al mejor postor.	Se necesita de una idoneidad moral, técnica y económica por parte del oferente.
La Administración Pública desea vender o deshacerse de algo.	La Administración Pública requiere de la adquisición de un bien o la ejecución de una obra para la prestación de un servicio público.

También, se ha llegado a confundir la licitación pública con el concurso, lo cual no es acertado, toda vez que en la licitación pública se elige una propuesta, mientras que en el concurso se selecciona a una persona, de acuerdo con sus cualidades o antecedentes, es decir, se toma más en cuenta las condiciones personales del candidato, mientras que eso no es importante en la selección del cocontratante en la licitación pública.⁴⁰

II.2. NATURALEZA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

⁴⁰LOPEZ ELIAS, Pedro, *op.cit.*, Nota 1, p. 67.

Valle Figueiredo nos comenta que la licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona sus proveedores, sus contratistas para obras o servicios, o finalmente enajena bienes.⁴¹

El Lic. Jorge Fernández Ruiz establece que “la licitación no constituye un elemento del contrato administrativo, porque no forma parte del mismo, sino que es un requisito cuyo cumplimiento, por medio de un procedimiento administrativo específico, previo a la celebración del negocio contractual, condiciona -cuando la licitación es exigible- su validez”.⁴²

La licitación es un procedimiento administrativo preparativo de la voluntad contractual, el cual está integrado por una diversidad de actos administrativos y simples actos de administración; ésta presenta tres principales características:⁴³

1. Es un procedimiento, ya que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
2. Su finalidad es seleccionar a la persona física o moral, con la cual la Administración Pública habrá de celebrar un contrato determinado.
3. La selección se hace sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas para la Administración Pública.

Nos dice Serrano que la licitación pública constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública.⁴⁴

⁴¹ Valle Figueiredo, Lucia, “Licitación y administración indirecta”, Revista de Derecho Público, Santiago de Chile, núms 25-26, enero-diciembre, 1979, p 134.

⁴²FERNANDEZ RUIZ, Jorge, *Teoría y praxis de la contratación administrativa, El caso del Estado de Guerrero*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 24.

⁴³LUCERO ESPINOSA, Manuel, *op.cit.*, Nota 26, p. 9.

⁴⁴SERRANO RODRIGUEZ, Carlos Eduardo, *La contratación administrativa*, San José de Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991, p 38.

A su vez referente a esta naturaleza de la licitación pública Sayagués, nos indica que la Licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases de licitación, formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la mas ventajosa (Adjudicación) con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la administración y cumplimiento estricto de las cláusulas de las bases de licitación.⁴⁵

Por su parte, Manzano nos refiere que independientemente de todos los ordenamientos legales, existe el aspecto valorativo o moralidad administrativa, que se relaciona con la finalidad de la licitación pública, agrega que las principales preocupaciones de una Buena Administración Pública debe ser la de cumplir cabalmente con el compromiso ético de desempeñar sus funciones con honestidad y eficacia en beneficio de la colectividad; agrega que es necesario establecer y promover mecanismos normativos que apoyen el cumplimiento de dichos objetivos, lo cual puede lograrse únicamente con la ayuda de un examen constante a la normatividad existente en la materia.⁴⁶

II.3. LA LICITACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Refiere Lopez- Elías que la licitación pública es una institución de derecho administrativo (rama del derecho público que regula principalmente la organización

⁴⁵ SAYAGUES LASO, Enrique, "La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas (nota de jurisprudencia) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, año 48, núm 1, enero, 1950, p 42.

⁴⁶ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa en el marco del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de la administración pública, la función administrativa y sus relaciones con los ciudadanos) y donde la misma, es un medio preparatorio de contratos únicamente, es decir, se trata de una fase preliminar a una manifestación de la voluntad de la Administración Pública.⁴⁷

Según Delgadillo Gutierrez y Lucero Espinosa ⁴⁸La licitación, en el campo del derecho administrativo, es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la Administración Pública elige como cocontratante a la persona, física o jurídica, que ofrece las condiciones mas convenientes para el Estado.

Dice Manzano Ortega⁴⁹ que la licitación pública la podemos situar perfectamente y sin lugar a dudas dentro del derecho administrativo, ya que el objeto de este procedimiento es la elección de un contratante que garantice las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad para la Administración Pública, sin que se dé como resultado jurídico una alteración patrimonial o financiera (ya que estas alteraciones sólo se dan en el cumplimiento o incumplimiento de contratos y una vez que los mismos han sido adjudicados, o cuando, se hacen efectivas erogaciones concretas respecto de capítulos de gasto o partidas presupuestarias específicas), y por que para las adjudicaciones existen expresamente leyes de contrataciones gubernamentales como son las materias específicas de adquisiciones y de obras públicas.

Por nuestra parte consideramos que no solo la licitación pública, sino las contrataciones públicas, se encuentran dentro de la rama del Derecho Administrativo en específico en la subrama del Derecho Financiero.

⁴⁷ LOPEZ-ELÍAS, José Pedro, Aspectos jurídicos de la licitación pública en México, ob cit ,pp 48-49.

⁴⁸ DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel, Compendio de derecho administrativo, 4ª. Ed., México, Editorial Porrúa, 2000, p 322.

⁴⁹ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, Op. Cit., pag 4-5

Sin embargo algunos autores como Manzano Ortega indica que el derecho financiero (como variedad del derecho público que tiene por objeto central regular la constitución y gestión de la hacienda pública) y el derecho administrativo, menciona que no debemos perder de vista la naturaleza propia de la Licitación Pública como parte del derecho administrativo, ya que al analizar cada presupuesto de egresos⁵⁰ de la federación podemos ver que de acuerdo al monto de la adquisición o de la obra pública de que se trate, el tipo de procedimiento a seguir (pudiendo ser típicamente licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa) los cuales tiene una referencia cruzada con la ley de la materia de que se trate (adquisiciones y obra pública) por lo cual, a juicio de Manzano Ortega se cumple el marco de legalidad existente.

A nuestro juicio no compartimos la apreciación del anterior autor, puesto que a pesar de que pudieran existir dentro de la normativa causas de excepción de la licitación pública debe ser la buena administración siempre cuidadosa y respetuosa de la obligación que establece el artículo 134 de nuestra constitución⁵¹ en la cual claramente obliga a los entes a licitar por regla general todas las adquisiciones, servicios arrendamientos u obra pública a pesar de los importes que establezca la legislación secundaria.

Por su parte, al definir la Licitación Pública Delgadillo Gutierrez y Lucero Espinosa⁵² indican que se traduce en un llamado impersonal que hace la Administración Pública hacia los particulares, para que algunos de ellos le formulen y presenten sus ofertas a fin de llevar a cabo una contratación específica respecto de la que presente las condiciones más convenientes. Continúa diciendo que en primer término, los oferentes que hayan optado por solicitar su formal inscripción en este tipo de procedimiento administrativo, tiene el deber de presentar sus propuestas con

⁵⁰ Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁵² DELGADILLO GUTIERREZ, Luis umberto y LUCERO ESPINOSA, op. Cit., nota 8, p. 323.

seriedad, espetando las instrucciones y reglas que establezca el órgano convocante y, en segundo lugar, la Administración Pública debe contar con facultades para resolver y aceptar la propuesta más conveniente.

Manzano Ortega⁵³ al hablar de las diferencias entre las adquisiciones en la iniciativa privada y la pública indica que es una característica trascendente ya que, en esta última, los particulares cuentan con una amplia libertad para adquirir bienes o servicios, vender, arrendar y ejecutar obras, sin tener que adoptar un procedimiento determinado y apegado a ley alguna.

II. 4. LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Nos dice Martínez Morales que el procedimiento administrativo es una serie coordinada de medidas tendientes a producir y ejecutar un acto administrativo⁵⁴ por su parte Manzano Ortega nos indica que la licitación pública⁵⁵ es una manifestación del poder estatal y en el ejercicio de la función administrativa, ésta se encuentra sujeta al cumplimiento constitucional de ciertos requisitos que, se traducen en un respecto hacia el gobernado, y al mismo tiempo representan limitaciones a la actuación de la autoridad.

Continúa diciendo Manzano Ortega que la actuación de la autoridad administrativa, que afecte la esfera jurídica del gobernado, debe sujetarse al procedimiento establecido normativamente, además de manifestar el fundamento legal y los motivos de dicha actuación; consecuentemente, el procedimiento administrativo constituye un instrumento necesario para la producción de los actos de la administración, puesto que él mismo es el que le va a dar la condición de validez

⁵³ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, Op. Cit., pag 6

⁵⁴ MARTINEZ MORALES, Rafael I, Derecho administrativo, Diccionarios jurídicos temáticos, 2ª. ed., México, Oxford, 2000, t 3, p. 203

⁵⁵ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, Op. Cit., pag 7

formal a estos, ya que de no seguirse el procedimiento previsto por el ordenamiento legal, el acto que se llegue a producir estará afectado de ilegalidad por vicios del procedimiento.

Dice Fraga Gabino⁵⁶ que el procedimiento administrativo como conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo por lo que hace que la administración pública necesariamente tenga que dictar sus actos conforme a derecho, a fin de respetar el marco de legalidad y justicia en el ejercicio de la propia función administrativa.

Caso contrario, cuando se dicte un acto administrativo que no se encuentre apegado al marco legal, el mismo podrá ser declarado nulo por los tribunales competentes, ordenando a la autoridad que nulifique el mismo o bien que repare dicho procedimiento viciado.

A mayor abundamiento la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido⁵⁷ que se puede declarar la nulidad de un acto cuando el mismo se dicta en contravención a las leyes aplicables.

NULIDAD. ACTUALIZACIÓN DE LA CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, POR VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. De acuerdo con el Código Fiscal de la Federación, para la validez de los actos administrativos se requiere que los actos que se emitan durante el procedimiento, así como la resolución definitiva, no estén afectados por alguna de las causas de ilegalidad que prevé en su artículo 238, cuya fracción III establece: "Se declarará que una resolución administrativa es ilegal

⁵⁶ FRAGA GABINO, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 1984, p. 255

⁵⁷ registro digital: 183487, Tesis: 2a. CIII/2003 Novena Época, Tomo XVIII, Agosto de 2003, página 334, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

cuando se demuestre alguna de las siguientes causales ... III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.". Ahora bien, para que se dé el supuesto de nulidad a que se refiere dicha fracción debe ubicarse el momento en el cual comienza el procedimiento administrativo, el cual, tratándose del ejercicio de facultad de fiscalización, por lo regular se presenta cuando se practica la notificación del mandato de autoridad y, posteriormente, deberán considerarse como actos procesales todos aquellos que se emitan a partir del acto inicial, hasta el dictado de la resolución definitiva. Por tanto, los vicios de legalidad que se presenten dentro del procedimiento, son vicios que actualizan la causal que prevé la fracción III del artículo 238 del código señalado, siempre y cuando se advierta que los actos afecten las defensas del particular, y además, el vicio sea relevante, de manera que sus consecuencias trasciendan en el sentido del acto definitivo impugnado.

Contradicción de tesis 163/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero del Sexto Circuito, y Tercero y Décimo Tercero del Primer Circuito, todos en Materia Administrativa. 6 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Por su parte también resulta aplicable al caso la tesis aislada⁵⁸ siguiente

TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION, SENTENCIAS DEL. EFECTOS DE LAS, CUANDO SE DECLARE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION IMPUGNADA POR VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO. En aquellos casos en que el Tribunal Fiscal de la Federación declare la ilegalidad de una resolución administrativa por considerar que existieron vicios en el procedimiento, los efectos de la sentencia correspondiente habrán de ser para que la autoridad demandada emita nueva

⁵⁸ Tesis con registro digital 216098, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación página: 321

resolución en la cual, por consecuencia necesaria, se ordenó la reposición del mismo con el fin de que se subsanen las anomalías cometidas, como se desprende del artículo 239, fracción III, cuarto párrafo del Código Fiscal de la Federación, al disponer que el Tribunal Fiscal de la Federación declarará la nulidad para el efecto de que se emita una nueva resolución cuando se esté en uno de los supuestos previstos en las fracciones II, III y en su caso V, del artículo 238 del propio Código, el cual por su parte preceptúa, en lo que interesa, que se declarará la ilegalidad de una resolución administrativa, cuando se demuestre alguna de las causales: "Fracción III. Vicios en el procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada".

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Recurso de revisión 5/93. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Santacruz Fernández. Secretario: Humberto Bernal Escalante.

Revisión fiscal 30/92. Secretaría de Hacienda y Crédito Público y otra. 22 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Santacruz Fernández. Secretario: Humberto Bernal Escalante.

Revisión fiscal 23/92. Secretaría de Hacienda y Crédito Público y otras. 27 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Santacruz Fernández. Secretario: Humberto Bernal Escalante.

II.5. PRINCIPIOS GENÉRICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo se encuentra regulado por una serie de principios jurídicos que nos dice Dromi⁵⁹ que son pautas, directrices que definen su esencia y justifican su existencia; dichos principio son parte intrínseca de la voluntad de la autoridad administrativa que indica Manzano⁶⁰ que los mismos están contemplados en los artículos 1,2,3,4,13, 69^a, 69B, 69C y 69E de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo -ordenamiento que regula el actuar de las autoridades administrativas federales- y que dicho autor los interpreta como a continuación señalamos:

1. Economía. Evitar actuaciones innecesarias que pretendan dilatar el procedimiento.
2. Celeridad. Hacer que todos los trámites administrativos marchen con rapidez.
3. Eficacia. Alcanzar el efecto jurídico que se espera o desea, proporcionando a los administrador la garantía de una correcta gestión pública, al otorgarles, también, la posibilidad de exigir su cumplimiento.
4. Legalidad. Constatar la existencia de una ley que posibilite la intervención y competencia del órgano que corresponda.
5. Publicidad. Hacer del conocimiento público las actuaciones administrativas, ya que no existen procedimientos confidenciales, exceptuándose los casos de seguridad pública; defensa nacional; negociaciones y relaciones internacionales; o los que afecten la efectividad de las políticas en materia monetaria, cambiaria o del sistema financiero del país; pongan en riesgo la vida, seguridad o salud de una persona física; dificulten las actividades de verificación, inspección y auditoría o afecte la recaudación de contribuciones; vulneren la conducción de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio, en tanto no hayan causado estado; o que por otras razones deban mantenerse en reserva conforme al artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información pública.

⁵⁹ DROMI, José Roberto, El procedimiento administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986, p 59.

⁶⁰ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, Op. Cit., pag 8

6. Buena fe. Evitar utilizar artificios o artimañas, que lleven al engaño o induzcan al error del gobernado.
7. Mejora regulatoria. Elaborar y aplicar medidas normativas que generen beneficios superiores a sus costos el máximo beneficio para la sociedad.
8. Transparencia. Permitir que la administración pública y su actuar se encuentren a la vista de todos los ciudadanos.

Como podemos advertir al ser las contrataciones públicas son procedimientos administrativos y de derecho público se encuentran obligados a cumplir las disposiciones que toda autoridad debe seguir, es decir, las licitaciones públicas deben cumplir con los principios antes pero además sujetarse a los principios de orden constitucional establecidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Andrade Sánchez⁶¹ definió algunos conceptos que contenía el artículo 134 de nuestra Constitución Política Nacional, vigente en 1982, este numeral menciona:

Eficacia. Se entiende como la obtención del resultado práctico deseado, existiendo una vinculación entre eficacia y eficiencia.

Honradez. Atendiendo a la denominada renovación moral, se entiende como el evitar la corrupción, y el cumplir escrupulosamente los deberes profesionales, actuando rectamente.

⁶¹ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Comentarios al artículo 134 constitucional, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, en su septuagésimo quinto aniversario, serie A, fuentes, b) Textos y Estudios Legislativos, núm 59, Rectoría México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp 335 y 22

La idoneidad del gasto. Se refiere a la adecuación del empleo de los recursos económicos que se administran, con los objetivos que se persiguen.

Eficiencia. Se entiende como la virtud administrativa, consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible, de los medios existentes o dicho de otra manera: obtener el fin, al menos costo posible.

Nos dice Ramirez Gómez⁶² y coincidimos con ella en que la licitación pública es de los temas más complejos del Derecho Administrativo. Representa uno de los puntos mas delicados del funcionamiento de la administración pública, a que la licitación es el cauce para la distribución de los recursos públicos y a su vez y no menos importante, en la generación de inversión privada.

Es por esta razón que coincidimos que tanto la regulación como la forma en que se llevan a cabo las licitaciones públicas sean empleados en la manera más eficiente posible y que los contratantes o destinatarios de los actos administrativos deben actuar en un marco de transparencia y seguridad jurídica. En nuestro criterio agregaríamos que debe ser en el marco del principio de legalidad.

Continúa la autora que la historia de la licitación está ligada, or una parte a la búsqueda de las mejores condiciones de contratación para el Estado; y por la otra, la necesidad de evitar fraudes y favoritismos.

En este sentido la misma Ramirez Gómez al detallar los principios que los servidores públicos serán responsables del cumplimiento que se encuentran previstos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los alcances de los principios son los siguientes:

⁶² RAMIREZ GÓMEZ, Maria Laura, Modelo de Contratación Pública 3.0. México Editorial Porrúa, 2017, páginas 120,121

Eficacia. El logro de las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio y calidad, de forma oportuna y en correspondencia con el financiamiento disponible y los fines institucionales establecidos

Eficiencia. Aquellos procesos y procedimientos claros y expeditos, con responsables plenamente identificados, que aseguren al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio-calidad. Este principio está orientado a maximizar los resultados obtenidos de las contrataciones.

Honradez. La actuación recta, responsable e imparcial, con apego al marco jurídico aplicable, tanto de los funcionarios como de los particulares. Cabe destacar que en nuestro juicio debe ser limitado a los funcionarios, como jerarquía de los servidores públicos superiores, sino de todos los servidores públicos involucrados en la contratación.

Economía.- La evaluación de la frugalidad de la contratación en relación con el valor presente neto de los bienes, servicios u obras. Consiste en la búsqueda del ahorro.

Imparcialidad. Exhibición de la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de algún proveedor o de la adquisición o arrendamiento de bienes muebles o de la contratación de los servicios de cualquier naturaleza, que permite a los servidores públicos juzgar o proceder con rectitud. Se define como el criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse con base a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas. Que consiste en dar tratos igualitarios y sin preferencias, con objeto de abatir la corrupción.

Transparencia. El flujo de información accesible, clara, oportuna, completa, verificable y que se rige por el principio constitucional de máxima publicidad relativa a los procesos y procedimientos para la adquisición y arrendamiento de bienes muebles o de la contratación de los servicios. También se puede decir que es toda actividad realizada en materia de contrataciones públicas es visible y a toda la ciudadanía.

Por su parte Manzano Ortega nos indica que los estudiosos del derecho administrativo, tanto nacionales como extranjeros, plantean que la licitación pública tiene ciertos elementos rectores de su esencia, tanto generales como particulares, existiendo variación en cuanto al número de denominación de los mismos; por su parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su numeral 134 determina quizás de manera vaga lo siguiente:

1. En relación con el gasto público, los principios son de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.
2. Respecto de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, establece los principios de: economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez.

A mayor abundamiento la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció criterio con Registro digital: 166422, 1a. CXLV/2009, publicado en el Tomo XXX, Septiembre de 2009 del Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Página: 2712 lo siguiente:

GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA. Del citado precepto

constitucional se advierte que el correcto ejercicio del gasto público se salvaguarda por los siguientes principios: 1. Legalidad, en tanto que debe estar prescrito en el Presupuesto de Egresos o, en su defecto, en una ley expedida por el Congreso de la Unión, lo cual significa la sujeción de las autoridades a un modelo normativo previamente establecido. 2. Honradez, pues implica que no debe llevarse a cabo de manera abusiva, ni para un destino diverso al programado. 3. Eficiencia, en el entendido de que las autoridades deben disponer de los medios que estimen convenientes para que el ejercicio del gasto público logre el fin para el cual se programó y destinó. 4. Eficacia, ya que es indispensable contar con la capacidad suficiente para lograr las metas estimadas. 5. Economía, en el sentido de que el gasto público debe ejercerse recta y prudentemente, lo cual implica que los servidores públicos siempre deben buscar las mejores condiciones de contratación para el Estado; y, 6. Transparencia, para permitir hacer del conocimiento público el ejercicio del gasto estatal.

Controversia constitucional 55/2008. Municipio de Oztolotepec, Estado de México. 3 de diciembre de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretarios: José Francisco Castellanos Madrazo, Raúl Manuel Mejía Garza y Agustín Tello Espíndola.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió criterio⁶³ que indica:

LICITACIÓN PÚBLICA. EL CUMPLIMIENTO DE SUS BASES ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA ANALIZAR LAS OFERTAS Y ADJUDICAR EL CONTRATO RESPECTIVO. De acuerdo a lo que establece el artículo 134 constitucional, la celebración de los contratos de obra pública, está precedida de un

⁶³ Tesis I. 3o. A. 572 A con registro 210243, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV, Octubre de 1994, tesis: I. 3o. A. 572 A, página: 318

procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación del acuerdo contractual, servirá para seleccionar a su contraparte. A dicho procedimiento se le denomina "licitación", pues a través de él, la administración pública (federal, estatal o municipal), elige a la persona física o moral, que le ofrece las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, eficiencia, eficacia y honradez, para celebrar un contrato determinado y, para ello hace un llamado a los particulares de manera impersonal o personal, para que formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación. En base a dicho precepto constitucional, en México las licitaciones son de tipo público. Según la doctrina, la licitación pública constituye un procedimiento mediante el cual la administración pública selecciona a una persona física o moral, para que realice la construcción, conservación, mantenimiento, reparación o demolición de un bien inmueble o mueble en beneficio del interés general y, que consiste en una invitación dirigida a todos los interesados para que sujetándose a las bases establecidas presenten sus ofertas y de ellas seleccionar a la más conveniente. Los principios que rigen a dicha licitación y las etapas que integran su procedimiento, de acuerdo a la doctrina son los siguientes. Los principios a saber son cuatro: a) concurrencia, que se refiere a la participación de un gran número de oferentes; b) igualdad, que consiste en que dentro del procedimiento de licitación no debe haber discriminaciones o tolerancias que favorezcan a uno de los oferentes en perjuicio de los otros; c) publicidad, que implica la posibilidad de que los interesados conozcan todo lo relativo a la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas; y, d) oposición o contradicción, que radica en la impugnación de las ofertas y defensas de las mismas. Las etapas que integran su procedimiento se dividen en siete: 1. La existencia de una partida presupuestaria por parte de la administración pública; 2. La elaboración de las bases o pliego de condiciones, en donde se detalle la contraprestación requerida. Las bases o pliego de condiciones constituyen un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinadas tanto a la formulación del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detallan en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica

y los derechos y obligaciones de las partes, es decir, incluyen por un lado condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, las cuales se traducen en verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto a que regulan el procedimiento licitatorio en sí, y por otro lado, incluyen cláusulas especiales que constituyen disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas a los derechos y obligaciones del convocante, oferentes y adjudicatarios. Además, las bases de toda licitación producen efectos jurídicos propios, en cuanto que el órgano licitante no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación, sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de ofertas. Asimismo, las bases obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas, y siguen obligando al adjudicatario, con el contrato mismo, por lo que su modificación o violación, sería una infracción al contrato que se llegue a firmar, ya que las bases de la licitación son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración y de sus contratistas, y por ello sus reglas deben cumplirse estrictamente, en cumplimiento al principio *pacta sunt servanda*. En síntesis las bases son las condiciones o cláusulas necesarias para regular tanto el procedimiento de licitación como el contrato de adjudicación de la obra y que los órganos licitantes tienen amplia facultad para imponerlas. 3. La publicación de la convocatoria. Esta fase es de tal importancia, ya que a través de ella se hace la invitación a las personas físicas o morales que puedan estar interesadas en realizar la obra a licitar y debe hacerse en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico privado de mayor circulación en el país, así como en uno de la entidad federativa, en donde se llevará a cabo la obra pública. 4. Presentación de ofertas. En esta fase los interesados que satisfagan los términos de la convocatoria respectiva tendrán derecho a presentar sus proposiciones y, para ello deberán tener cuidado en su preparación, ya que de la redacción, confección y presentación de la oferta, depende que sea aceptada. Las ofertas deben reunir tres requisitos a saber: a) subjetivos, que se refieren a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta; b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases; y, c) formales, que se refieren a la confección de la

oferta, misma que debe ser en forma escrita, firmada, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria. 5. Apertura de ofertas. En ella, como su nombre lo indica, se procederá a la apertura de los sobres que contienen las ofertas de los participantes y se darán a conocer las propuestas que se desechen por no cubrir con la documentación o requisitos exigidos en las bases de licitación, levantando al efecto un acta circunstanciada de lo que suceda en esta fase de la licitación, en la que se dará a conocer la fecha en que se conocerá el fallo respectivo. 6. Adjudicación, es el acto por el cual el órgano estatal licitante, determina cuál de las propuestas es la más ventajosa o conveniente para la administración pública. Previa a la adjudicación, el órgano convocante, deberá realizar un dictamen técnico en donde deberá considerar los requisitos cuantitativos y cualitativos de los oferentes, a fin de determinar cuál de ellos reúne las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante; y, 7. Perfeccionamiento del contrato, que es la última fase del procedimiento de licitación, en donde una vez que se conozca el nombre de la persona ganadora, el órgano licitante como el adjudicatario procederán a formalizar o perfeccionar el contrato respectivo. Luego, de acuerdo a las anteriores etapas del procedimiento de licitación, la fase más importante de éste, es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, ya que como se indicó en párrafos anteriores, son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración pública y de sus contratantes, y por ello sus reglas o cláusulas deben cumplirse estrictamente, de manera que su violación o modificación después de la presentación de las ofertas, implicaría una violación al contrato que se llegue a firmar, por lo que el organismo o dependencia licitante, al examinar y evaluar todo el procedimiento de la licitación pública, deberá revisar como una obligación primaria e ineludible los requisitos de forma, que son esencia y sustancia del contrato que se llegue a concretar, es decir, deberá verificar si los oferentes cubrieron con cada uno de los requisitos que se fijaron en las bases y si dicho procedimiento fue seguido en todas sus etapas sin infracción alguna al mismo, pues sólo de esa manera se puede lograr que el contrato respectivo no esté viciado de origen, ya que de existir irregularidades en el procedimiento o incumplimiento de las

bases de la licitación por otra parte de alguno de los oferentes, sin que el órgano convocante las tome en cuenta, no obstante su evidencia o trascendencia, y adjudique el contrato al oferente infractor, tanto el licitante como el oferente ganador infringirían el principio, no sólo ya de derecho administrativo derivado de la naturaleza de los contratos administrativos, consistentes en el pacta sunt servanda, sino también por acatamiento a la ley administrativa (Ley de Obras Públicas y su Reglamento), viciando de esa forma el contrato respectivo; por tanto, el organismo convocante al adjudicar un contrato de obra pública, siempre debe verificar en principio los requisitos de forma para que después analice las propuestas en cuanto a su contenido o fondo, todo ello conforme a las reglas que se hayan fijado en las bases o pliego de condiciones de la licitación.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1283/94. EMACO, S.A. de C.V. 14 de julio de 1994. Mayoría de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jacinto Juárez Rosas.

Por último, cabe resaltar que Ramos Torres⁶⁴ define a su vez la licitación pública como un procedimiento, por lo cual le rigen los principios generales del procedimiento administrativo como instrumento fundamental mediante el cual el Estado cumple su función administrativa. Estos principios son los de juridicidad, oficialidad, verdad material, buena fe e informalidad a favor del licitador, debido procedimiento previo, economía, celeridad, eficacia y publicidad.

⁶⁴ RAMOS TORRES, Daniel, op. cit. nota 2., pp 103 y 109

Este último autor a su vez, integra otros principios como el de concurrencia, igualdad, correcto tratamiento, competencia, publicidad, transparencia, posición o contradicción, moralidad administrativa, esos valores éticos en la actuación de la Administración Pública.

II.7. PRINCIPIOS DE INTEGRIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Nos dice la OECD⁶⁵ que la contratación pública como actividad económica clave de los gobiernos pues representa un porcentaje significativo del Producto Interno Bruto que genera enormes flujos financieros, pues se estima en promedio del 10-15% del PIB en todo el mundo. El sistema de contratación juega un papel estratégico en los gobiernos y de debe evitar la gestión deficiente, el despilfarro de fondos públicos, el fraude y la corrupción. El soborno realizado por empresas internacionales en países de la OCDE, es mas frecuente en la Contratación Pública que en los servicios públicos, puestos y el sistema judicial, según una encuesta del Foro Económico Mundial.

El soborno en las compras del sector público se estima que está entre 10 a 20% del total de los costos del contrato. Debido al hecho de que los gobiernos de todo el mundo gastan alrededor de 4 billones de dólares cada año en la adquisición de bienes y servicios, un mínimo de 400 mil millones de dólares por año se pierden debido a la corrupción. Una cuestión deficiente en la contratación pública dificulta la competencia del mercado y eleva el precio pagado por la administración de bienes y servicios, afectando directamente el gasto público y por tanto, los recursos de los contribuyentes. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre el

⁶⁵ OECD, Principles for Integrity in Public Procurement, OECD Publishing, 2009, pp 21-46

sector público y el sector privado, hacen de la Contratación Pública un área importante de riesgo.

Las dificultades en el Foro Global sobre Gobernanza OCDE en 2004 destacó la necesidad de los gobierno a tomar medidas adicionales para prevenir los riesgos de corrupción en todo el ciclo de adquisiciones, y en particular:

- a) La evaluación de las necesidades y en la gestión y el pago de contratos. Estas están menos sujetas a la transparencia, ya que por lo general no están cubiertas por las regulaciones de contratación.
- b) Cuando se usan excepciones a la licitación, por ejemplo, en la contratación de emergencia de asuntos de seguridad nacional.

En 2011, los países de la OCDE informaron sobre los progresos realizados en la aplicación de la recomendación previamente emitida por la misma organización en donde determinaron la necesidad de aplicar los siguientes Principios de Integridad en las Contrataciones Públicas⁶⁶ los cuales se encuentran integrados bajo los pilares de transparencia, buena gobernanza, prevención de la mala conducta y rendición de cuentas y control que a continuación referimos.

Transparencia.

Proporcionar un grado adecuado de transparencia en la totalidad del ciclo de adquisiciones con el fin de promover un trato justo y equitativo a los proveedores.

Maximizar la transparencia en las licitaciones y tomar las medidas de precaución para mejorar la integridad.

Gobernanza

⁶⁶ RAMÍREZ GÓMEZ, María Laura, op cit, páginas 28-29

Garantizar que los fondos públicos que se utilizan en la Contratación Pública sean para los fines previstos.

Garantizar que la actuación de los servidores públicos cumplan con los altos estándares profesionales de conocimientos, habilidades y de integridad.

Prevención de la mala conducta.

Implementar mecanismos con el fin de prevenir los riesgos para la integridad en la contratación pública.

Fomentar la estrecha cooperación entre el gobierno y el sector privado para mantener los estándares de integridad en especial en la gestión del contrato.

Llamado a los gobiernos para proporcionar mecanismos para el seguimiento de la contratación pública, la detección y sanción de mala conducta.

Rendición de cuentas y control

Importancia de que los gobiernos establezcan ya clara cadena de responsabilidad y un control efectivo de mecanismos.

Los gobiernos deben manejar quejan de los proveedores potenciales de una maneja justa y oportuna. Lo anterior a fin de realizar una revisión imparcial, se debe establecer un órgano independiente con el poder para hacer cumplir sus decisiones. Propone a Empoderar a las organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación y el público en general para escudriñas públicamente las adquisiciones.

III.4. LAS ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

III.4.1. LA AUTORIZACIÓN PRESUPUESTARIA

Los contratos por parte de la Administración Pública representan compromisos que afectan al gasto público. Por ello, para realizar tal compromiso es necesario que exista la partida presupuestal con fondos disponibles, a la cual se le aplicará el gasto correspondiente previamente autorizado.

El artículo 25 de la LAASSP establece que las dependencias y entidades podrán convocar, adjudicar o llevar a cabo adquisiciones, arrendamientos y servicios, con cargo a su presupuesto autorizado y sujetándose al gasto correspondiente.

4.2. INVESTIGACIÓN DE MERCADO.

Previo al inicio de los procedimientos de contratación las dependencias y entidades deberán realizar una investigación de mercado de la cual se desprendan las condiciones que imperan en el mismo, respecto del bien, arrendamiento o servicio objeto de contratación, a efecto de buscar las mejores condiciones para el Estado.

Las condiciones contenidas en la convocatoria a la licitación e invitación a cuando menos tres personas y en las proposiciones, presentadas por los licitantes no podrán ser negociadas⁶⁷.

El objetivo de las investigaciones de mercado es proporcionar al servidor público información para llevar a cabo un proceso de compras que permita obtener el mayor valor por el dinero gastado.

⁶⁷ Artículo 26 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Además, nos dice Ramirez Gómez⁶⁸ que esta investigación debe realizarse previo al inicio de los procedimientos de contratación de acuerdo a los lineamientos señalados para ésta en las diferentes leyes estatales o federal de adquisiciones.

Algunos datos que debe contar esta investigación son los siguientes:

- a) La existencia de los bienes, arrendamientos, o servicios y la identificación de los proveedores a nivel nacional o internacional.
- b) La identificación de los bienes y servicios sustituibles
- c) La identificación de procesos alternativos
- d) El precio prevaleciente de los bienes y servicios requeridos al momento de llevar a cabo la investigación.
- e) Una estimación de qué tan competitivo es el mercado.

III.4.3. ELABORACIÓN DE PREBASES

Las dependencias podrán (si no de manera obligada) previo a la publicación de la convocatoria, difundir en Compranet, al menos 10 días hábiles, lapso durante el cual éstas recibirán los comentarios pertinentes en la dirección electrónica para tal fin se señale.

Los comentarios y opiniones que se reciban serán analizados por las dependencias y entidades en su caso considerarlas para enriquecer el proyecto.⁶⁹

III.4.4. ELABORACIÓN DE BASES DE LICITACIÓN.

⁶⁸ RAMIREZ GOMEZ, Maria Luisa. Modelo de Contratación Pública 3.0. ob cit. P148.

⁶⁹ Artículo 29 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La convocatoria y sus bases que emitan las convocantes deberán de ponerse a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Secretaría de la Función Pública.

El contenido de las bases de licitación debe ser el siguiente⁷⁰:

- I. El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;
- II. La descripción detallada de los bienes, arrendamientos o servicios, así como los aspectos que la convocante considere necesarios para determinar el objeto y alcance de la contratación;
- III. La fecha, hora y lugar de celebración de la primera junta de aclaración a la convocatoria a la licitación, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de aquella en la que se dará a conocer el fallo, de la firma del contrato, en su caso, la reducción del plazo, y si la licitación será presencial, electrónica o mixta y el señalamiento de la forma en la que se deberán presentar las proposiciones;
- IV. El carácter de la licitación y el idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones. Los anexos técnicos y folletos en el o los idiomas que determine la convocante;
- V. Los requisitos que deberán cumplir los interesados en participar en el procedimiento, los cuales no deberán limitar la libre participación, concurrencia y competencia económica;
- VI. El señalamiento de que para intervenir en el acto de presentación y apertura de proposiciones,

⁷⁰ Artículo 29 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

bastará que los licitantes presenten un escrito en el que su firmante manifieste, bajo protesta de decir verdad, que cuenta con facultades suficientes para comprometerse por sí o por su representada, sin que resulte necesario acreditar su personalidad jurídica;

VII. La forma en que los licitantes deberán acreditar su existencia legal y personalidad jurídica, para efectos de la suscripción de las proposiciones, y, en su caso, firma del contrato. Asimismo, la indicación de que el licitante deberá proporcionar una dirección de correo electrónico, en caso de contar con él;

VIII. Precisar que será requisito el que los licitantes entreguen junto con el sobre cerrado una declaración escrita, bajo protesta de decir verdad, de no encontrarse en alguno de los supuestos establecidos por los artículos 50 y 60 penúltimo párrafo, de esta Ley;

IX. Precisar que será requisito el que los licitantes presenten una declaración de integridad, en la que manifiesten, bajo protesta de decir verdad, que por sí mismos o a través de interpósita persona, se abstendrán de adoptar conductas, para que los servidores públicos de la dependencia o entidad, induzcan o alteren las evaluaciones de las proposiciones, el resultado del procedimiento, u otros aspectos que otorguen condiciones más ventajosas con relación a los demás participantes;

X. Si para verificar el cumplimiento de las especificaciones solicitadas se requiere de la realización de pruebas, se precisará el método para ejecutarlas y el resultado mínimo que deba obtenerse, de acuerdo con la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;

XI. La indicación respecto a si la contratación abarcará uno o más ejercicios fiscales, si será contrato abierto, y en su caso, la justificación para no aceptar proposiciones conjuntas;

XII. La indicación de si la totalidad de los bienes o servicios objeto de la licitación, o bien, de cada partida o concepto de los mismos, serán

adjudicados a un solo licitante, o si la adjudicación se hará mediante el procedimiento de abastecimiento simultáneo, en cuyo caso deberá precisarse el número de fuentes de abastecimiento requeridas, los porcentajes que se asignarán a cada una y el porcentaje diferencial en precio que se considerará;

XIII. Los criterios específicos que se utilizarán para la evaluación de las proposiciones y adjudicación de los contratos, debiéndose utilizar preferentemente los criterios de puntos y porcentajes, o el de costo beneficio;

XIV. El domicilio de las oficinas de la Secretaría de la Función Pública o de los gobiernos de las entidades federativas, o en su caso el medio electrónico en que podrán presentarse

inconformidades, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 66 de la presente Ley;

XV. Señalamiento de las causas expresas de desechamiento, que afecten directamente la solvencia de las proposiciones, entre las que se incluirá la comprobación de que algún licitante ha

acordado con otro u otros elevar el costo de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes, y

XVI. Modelo de contrato al que para la licitación de que se trate se sujetarán las partes, el cual deberá contener los requisitos a que se refiere el artículo 45 de esta Ley.

Es importante destacar desde ahora que la convocatoria y bases en ningún caso se deberán establecer requisitos o condiciones imposibles de cumplir.

La dependencia o entidad convocante tomará en cuenta las recomendaciones previas que, en su caso, emita la Comisión Federal de Competencia en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

III.4.5. PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA.

Formalmente la licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria y, en el caso de invitación cuando menos tres personas con la entrega o envío de dicha invitación.

La publicación de la convocatoria a la licitación pública se realizará a través de CompraNet y su obtención será gratuita. Cabe destacar que en las entidades federativas y municipios por lo general el costo de las bases de la convocatoria representa entre \$1,000.00 y \$3,000.00-

Independientemente de la publicación en Compranet se deberá ordenar su publicación en el Diario Oficial de la Federación.⁷¹

Por su parte el artículo 32 de la LAASSP establece que para la presentación y apertura de proposiciones de las licitaciones internacionales podrá ser inferior a veinte días naturales, contados a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria en Compranet.

⁷¹ Art. 30 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

En las licitaciones nacionales el plazo para la presentación y apertura deberá ser de cuando menos quince días naturales contados a partir de la publicación de la convocatoria.

Por razones excepcionales la convocante podrá disminuir a no menos de diez días naturales contados a partir de la publicación de la convocatoria, siempre y cuando que no tenga como objeto reducir el número de participantes.

III.4.6. JUNTA DE ACLARACIONES.

El artículo 33⁷² estipula que los licitantes tienen derecho por lo menos a una junta para aclarar cualquier duda sobre las especificaciones técnicas. Las instituciones contratantes deben presentar sus respuestas 24 horas antes de la entrega de las propuestas.

Las juntas aclaratorias pueden realizarse hasta seis días antes de la presentación de las propuestas.

Las instituciones contratantes pueden modificar los requisitos para la licitación a más tardar el séptimo día antes de la presentación de las propuestas.

Sin embargo, estos cambios no pueden alterar de forma considerable el contenido o el volumen de la licitación.

⁷² Artículo 33 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

En particular, las juntas aclaratorias pueden mejorar la manipulación de licitaciones ya que los posibles licitadores pueden identificar a sus competidores ya que tienen acceso a los registros de reuniones de otros o cuando las juntas se realizan en persona.

III.4. 7. PRESENTACIÓN Y APERTURA DE PROPUESTAS.

Por regla general, las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán a través de licitaciones públicas mediante la convocatoria pública, para que los licitantes libremente 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, el uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como protección al medio ambiente y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Contratación de Servicios del Sector Público.

Los licitantes sólo podrán presentar una proposición en cada procedimiento de contratación; iniciado el acto de presentación y apertura de proposiciones, las ya presentadas no podrán ser retiradas o dejarse sin efecto por los licitantes.

Menciona el artículo 35⁷³ que el acto de presentación y apertura de proposiciones se llevará a cabo en el día, lugar y hora previstos en la convocatoria a la licitación, conforme a lo siguiente:

⁷³ Art. 35 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

I. Una vez recibidas las proposiciones en sobre cerrado, se procederá a su apertura, haciéndose constar la documentación presentada, sin que ello implique la evaluación de su contenido;

II. De entre los licitantes que hayan asistido, éstos elegirán a uno, que en forma conjunta con el servidor público que la dependencia o entidad designe, rubricarán las partes de las proposiciones que previamente haya determinado la convocante en la convocatoria a la licitación, las que para estos efectos constarán documentalmente, y

III. Se levantará acta que servirá de constancia de la celebración del acto de presentación y apertura de las proposiciones, en la que se harán constar el importe de cada una de ellas; se señalará lugar, fecha y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación, fecha que deberá quedar comprendida dentro de los veinte días naturales siguientes a la establecida para este acto y podrá diferirse, siempre que el nuevo plazo fijado no exceda de veinte días naturales contados a partir del plazo establecido originalmente.

Tratándose de licitaciones en las que se utilice la modalidad de ofertas subsecuentes de descuentos, después de la evaluación técnica, se indicará cuando se dará inicio a las pujas de los licitantes.

III.4. 8. EVALUACIÓN DE OFERTAS

Es una de las etapas mas importantes del procedimiento de licitación pública, en el cual la convocante debe de elevar los valores y principios establecidos en el artículo 134 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y realizar la evaluación de las ofertas o propuestas técnicas y económicas con estricto apego a

las disposiciones aplicables con el objeto de garantizar se cumpla a su vez que se garanticen las mejores condiciones para la convocante.

Según indica el artículo 36⁷⁴ las dependencias deben utilizar en su evaluación de propuestas el criterio indicado en la convocatoria a la licitación.

La evaluación podrá realizarse conforme al criterio de evaluación binario, mediante el cual sólo se adjudica a quien cumpla los requisitos establecidos por la convocante y oferte el precio más bajo.

También podrá aplicar, el criterios de puntos y porcentajes o de costo beneficio. De igual forme mediante los requisitos de evaluación que se establezcan desde la convocatoria.

Cuando las dependencias y entidades requieran obtener bienes, arrendamientos o servicios que conlleven el uso de características de alta especialidad técnica o de innovación tecnología, deberán utilizar el criterio de evaluación de puntos y porcentajes o de costo beneficio.

Las condiciones que tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por sí mismo, o deficiencia en su contenido no afecte la solvencia de las proposiciones, no serán objeto de evaluación, y se tendrán por no establecidas. La inobservancia por parte de los

⁷⁴ ART. 36 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

licitantes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus proposiciones.

Entre los requisitos cuyo incumplimiento no afecta la solvencia de la proposición, se considerarán: el proponer un plazo de entrega menor al solicitado, en cuyo caso, de resultar adjudicado y de convenir a la convocante pudiera aceptarse; el omitir aspectos que puedan ser cubiertos con información contenida en la propia propuesta técnica o económica; el no observar los formatos establecidos, si se proporciona de manera clara la información requerida; y el no observar requisitos que carezcan de fundamento legal o cualquier otro que no tenga por objeto determinar objetivamente la solvencia de la proposición presentada. En ningún caso la convocante o los licitantes podrán suplir o corregir las deficiencias de las proposiciones presentadas.

III.4. 9. EL FALLO

El fallo es el acto mediante el cual, la convocante expresa a los licitantes el resultado de la evaluación a las propuestas técnicas y económica realizada el cual podrá ser en el sentido de a) Adjudicar uno o varios contratos b) Declarar desierta la licitación o algunas partidas de la licitación.

El artículo 36 Bis⁷⁵ establece que una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará al licitante cuya oferta resulte solvente, porque cumple con los requisitos legales, técnicos y económicos establecidos en la convocatoria a la licitación, y por tanto garantiza el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

⁷⁵ Art. 36 Bis Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

A su vez nos indica que se adjudicará el fallo a quien cumpliendo con los requisitos en el párrafo anterior además haya efectuado:

I. La proposición haya obtenido el mejor resultado en la evaluación combinada de puntos y porcentajes, o bien, de costo beneficio;

II. De no haberse utilizado las modalidades mencionadas en la fracción anterior, la proposición hubiera ofertado el precio más bajo, siempre y cuando éste resulte conveniente. Los precios ofertados que se encuentren por debajo del precio conveniente, podrán ser desechados por la convocante, y

III. A quien oferte el precio más bajo que resulte del uso de la modalidad de ofertas subsecuentes de descuentos, siempre y cuando la proposición resulte solvente técnica y económicamente.

Para los casos señalados en las fracciones I y II de este artículo, en caso de existir igualdad de condiciones, se dará preferencia a las personas que integren el sector de micro, pequeñas y medianas empresas nacionales.

De subsistir el empate entre las personas del sector señalado, la adjudicación se efectuará a favor del licitante que resulte ganador del sorteo que se realice en términos del Reglamento de la LAASSP.

Por su parte el artículo 37⁷⁶ que el fallo deberá contener los siguientes elementos:

- La relación de licitantes cuyas proposiciones se desecharon, expresando todas las razones legales, técnicas o económicas que sustentan tal determinación e indicando los puntos de la convocatoria que en cada caso se incumpla;

⁷⁶ Art. 37 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

- La relación de licitantes cuyas proposiciones resultaron solventes, describiendo en lo general dichas proposiciones. Se presumirá la solvencia de las proposiciones, cuando no se señale expresamente incumplimiento alguno;
- En caso de que se determine que el precio de una proposición no es aceptable o no es conveniente, se deberá anexar copia de la investigación de precios realizada o del cálculo correspondiente;
- Nombre del o los licitantes a quien se adjudica el contrato, indicando las razones que motivaron la adjudicación, de acuerdo a los criterios previstos en la convocatoria, así como la indicación de la o las partidas, los conceptos y montos asignados a cada licitante;
- Fecha, lugar y hora para la firma del contrato, la presentación de garantías y, en su caso, la entrega de anticipos, y
- Nombre, cargo y firma del servidor público que lo emite, señalando sus facultades de acuerdo con los ordenamientos jurídicos que rijan a la convocante. Indicará también el nombre y cargo de los responsables de la evaluación de las proposiciones.
- En caso de que se declare desierta la licitación o alguna partida, se señalarán en el fallo las razones que lo motivaron.
- En el fallo no se deberá incluir información reservada o confidencial, en los términos de las disposiciones aplicables.
- Cuando la licitación sea presencial o mixta, se dará a conocer el fallo de la misma en junta pública a la que libremente podrán asistir los licitantes que hubieran presentado proposición, entregándoseles copia del mismo y levantándose el acta respectiva. Asimismo, el contenido del fallo se difundirá a través de CompraNet el mismo día en que se emita. A los licitantes que no hayan asistido a la junta pública, se les enviará por correo electrónico un aviso informándoles que el acta del fallo se encuentra a su disposición en CompraNet.

- En las licitaciones electrónicas y para el caso de los licitantes que enviaron sus proposiciones por ese medio en las licitaciones mixtas, el fallo, para efectos de su notificación, se dará a conocer a través de
- CompraNet el mismo día en que se celebre la junta pública. A los licitantes se les enviará por correo electrónico un aviso informándoles que el acta del fallo se encuentra a su disposición en CompraNet.
- Con la notificación del fallo por el que se adjudica el contrato, las obligaciones derivadas de éste serán exigibles, sin perjuicio de la obligación de las partes de firmarlo en la fecha y términos señalados en el fallo.
- Contra el fallo procederá re la inconformidad.

Por su parte el artículo 38⁷⁷ nos establece cuando procederá la convocante a declarar desierta una licitación; en concreto podemos decir que será cuando la totalidad de las proposiciones presentadas no reúnan los requisitos solicitados o los precios de todos los bienes, arrendamientos o servicios ofertados no resulten aceptables.

Hay que destacar que si una licitación pública se licita por partidas, solo aquellas que no cuenten con proposiciones presentadas serán las que se declararán desiertas, y las que sean solventes se deberán adjudicar.

En caso de que toda las partidas o solo algunas de ellas sean declarado desierta dará oportunidad a la convocante de emitir una segunda convocatoria a la licitación siguiendo las mismas características y bases establecidas.

⁷⁷ Artículo 38 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Por último, es importante destacar que la convocante podrá cancelar una licitación, partidas o conceptos incluidos en éstas, cuando se presente caso fortuito; fuerza mayor; existan circunstancias justificadas que extingan la necesidad para adquirir los bienes, arrendamientos o servicios, o que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la convocante.

La determinación de dar por cancelada la licitación, partidas o conceptos, deberá precisar el acontecimiento que motiva la decisión, la cual se hará del conocimiento de los licitantes y será procedente la inconformidad.

IV. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA

IV.1 EL DICTAMEN DE EXCEPCIÓN

Por regla general y según lo mandata el mismo artículo 134 de la CPEUM⁷⁸ el presupuesto de egresos se debe de ejercer conforme al procedimiento de licitación pública, salvo casos de excepción establecidos en la ley así como lo establece el artículo 26 de la LAASSP⁷⁹

Manzano Ortega⁸⁰ al referirse de las excepciones al procedimiento licitatorio nos comenta que las mismas deben ser interpretadas en forma estricta y restrictiva, atendiendo al fundamento con que fueron acordadas. Cuando la norma jurídica obliga a la Licitación Pública para las contrataciones administrativas el cumplimiento de esa formalidad asume carácter ineludible, solo puede prescindirse de dicha forma procedimental en casos enumerados por la ley.

⁷⁸ Artículo 134 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁷⁹ Artículo 26 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

⁸⁰ MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, La Licitación Pública, Ob Cit. p 43.

Estas excepciones se fundan en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa, por razones de Estado y por seguridad pública.

Establece el artículo 40 de la LAASSP⁸¹ que la selección del procedimiento de excepción que realicen las dependencias y entidades deberá fundarse y motivarse, según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad, honradez y transparencia que resulten procedentes para obtener las mejores condiciones para el Estado.

Estos criterios deben de acreditarse, es decir no solo mencionarse en un dictamen, así como la justificación de las razones en las que se sustente el ejercicio de la opción, deberán constar por escrito y ser firmado por el titular del área usuaria o requirente de los bienes o servicios.

En todos los casos de excepción a la licitación, se deberán invitar a proveedores que cuenten con capacidad de respuesta inmediata, así como con los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios, y cuyas actividades comerciales o profesionales estén relacionadas con los bienes o servicios objeto del contrato a celebrarse, cabe destacar que la legislación en momento alguno exige que se debe de acreditar dicha situación.

Ramírez Gómez⁸² al hablar de fundamentación que deben de cumplir estas excepciones nos dice que el fundamento jurídico que sirve de base para la toma de

⁸¹ Artículo 40 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

⁸² RAMIREZ GÓMEZ, Maria Laura, Modelo de Contratación 3.0. ob cit. p 161

decisiones administrativas y jurisdiccionales. La expresión legal debe entenderse en el sentido amplio, ya que engloba no sólo la ley, sino también, y según los casos, a la constitución, de principios generales de derecho, los reglamentos y las decisiones de justicia. En síntesis, la fundamentación es la expresión puntual del precepto legal aplicable a cada caso.

Por su parte al hablar de motivación la misma autora nos indica que es el término fundamentalmente explicativo y está relacionado con el por qué del comportamiento. Se refiere a las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se tuvieron en consideración para la emisión del acto.

Para lograr una adecuada fundamentación y motivación en los procedimientos de excepción a la licitación pública, es conveniente que ambos aspectos consten en el cuerpo del documento, de manera que haga evidente la existencia de una adecuación entre los motivos aducidos y las normas o preceptos implicados, que se establezcan de forma correcta las hipótesis normativas previstas en la LAASSP.

IV.2. SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN

Por su parte, el artículo 41 de la LAASSP⁸³ establece los supuestos únicos por los cuales se podrá realizar una excepción a la licitación pública, ya sea a través del procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores o prestadores de servicios, o bien mediante la adjudicación directa.

⁸³ Artículo 41 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Los supuestos de excepción son los siguientes:

I. No existan bienes o servicios alternativos o sustitutos técnicamente razonables, o bien, que en el mercado sólo existe un posible oferente, o se trate de una persona que posee la titularidad o el licenciamiento exclusivo de patentes, derechos de autor, u otros derechos exclusivos, o por tratarse de obras de arte;

II. Peligro 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;

III. Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, cuantificados y justificados;

IV. Se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o su contratación mediante licitación pública ponga en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública, en los términos de las leyes de la materia.

No quedan comprendidos en los supuestos a que se refiere esta fracción los requerimientos administrativos que tengan los sujetos de la LAASSP;

V. Derivado de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto las cantidades o conceptos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla;

VI. Se haya rescindido un contrato adjudicado a través de licitación pública, en cuyo caso se podrá adjudicar al licitante que haya obtenido el segundo o ulteriores lugares, siempre que la diferencia en precio con respecto a la proposición inicialmente adjudicada no sea superior a un margen del diez por ciento. Tratándose de contrataciones en las que la evaluación se haya realizado mediante puntos y porcentajes o costo beneficio, se podrá adjudicar al segundo o ulterior lugar, dentro del referido margen;

VII. Se haya declarado desierta una licitación pública, siempre que se mantengan los requisitos establecidos en la convocatoria a la licitación cuyo incumplimiento haya sido considerado como causa de desechamiento porque afecta directamente la solvencia de las proposiciones;

VIII. Existan razones justificadas para la adquisición o arrendamiento de bienes de marca determinada;

IX. Se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprosesados, semovientes.

Asimismo, cuando se trate de bienes usados o reconstruidos en los que el precio no podrá ser mayor al que se determine mediante avalúo que practicarán las instituciones de crédito o terceros habilitados para ello conforme a las disposiciones aplicables, expedido dentro de los seis meses previos y vigente al momento de la adjudicación del contrato respectivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 Bis de la LAASSP;

X. Se trate de servicios de consultorías, asesorías, estudios o investigaciones, debiendo aplicar el procedimiento de invitación a cuando menos tres personas, entre las que se incluirán instituciones públicas y privadas de educación superior y centros públicos de investigación.

Sólo podrá autorizarse la contratación mediante adjudicación directa, cuando la información que se tenga que proporcionar a los licitantes para la elaboración de su proposición, se encuentre reservada en los términos establecidos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental;

XI. Se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados, como personas físicas o morales;

XII. Se trate de la adquisición de bienes que realicen las dependencias y entidades para su comercialización directa o para someterlos a procesos productivos que las mismas realicen en cumplimiento de su objeto o fines propios expresamente establecidos en el acto jurídico de su constitución;

XIII. Se trate de adquisiciones de bienes provenientes de personas que, sin ser proveedores habituales, ofrezcan bienes en condiciones favorables, en razón de encontrarse en estado de liquidación o disolución, o bien, bajo intervención judicial;

XIV. Se trate de los servicios prestados por una persona física a que se refiere la fracción VII del artículo 3 de la LAASSP, siempre que éstos sean realizados por ella misma sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico;

XV. Se trate de servicios de mantenimiento de bienes en los que no sea posible precisar su alcance, establecer las cantidades de trabajo o determinar las especificaciones correspondientes;

XVI. El objeto del contrato sea el diseño y fabricación de un bien que sirva como prototipo para efectuar las pruebas que demuestren su funcionamiento. En estos casos la dependencia o entidad deberá pactar que los derechos sobre el diseño, uso o cualquier otro derecho exclusivo, se constituyan a favor de la Federación o de las entidades según corresponda. De ser satisfactorias las pruebas, se formalizará el contrato para la producción de mayor número de bienes por al menos el veinte por ciento de las necesidades de la dependencia o entidad, con un plazo de tres años;

XVII. Se trate de equipos especializados, sustancias y materiales de origen químico, físico químico o bioquímico para ser utilizadas en actividades experimentales requeridas en proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, siempre que dichos proyectos se encuentren autorizados por quien determine el titular de la dependencia o el órgano de gobierno de la entidad;

XVIII. Se acepte la adquisición de bienes o la prestación de servicios a título de dación en pago, en los términos de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación;

XIX. Las adquisiciones de bienes y servicios relativos a la operación de instalaciones nucleares, y

XX. Se trate de la suscripción de contratos específicos que deriven de un contrato marco.

IV. 3. REQUISITOS DEL DICTAMEN DE EXCEPCIÓN

Por su parte, el artículo 70 del RLAASSP⁸⁴ establece cuales son los requisitos que se deberán de incluir en el dictamen de excepción a la licitación pública, los cuales se enumeran a continuación

- I. Descripción de los bienes o servicios objeto del procedimiento de contratación, las especificaciones o datos técnicos de los mismos, así como la demás información considerada conveniente por el Área requirente o el Área técnica, para explicar el objeto y alcance de la contratación;*
- II. Plazos y condiciones de entrega de los bienes o de prestación de los servicios;*
- III. El resultado de la investigación de mercado, que soporte el procedimiento de contratación propuesto;*
- IV. El procedimiento de contratación propuesto, fundando el supuesto de excepción que resulte procedente para llevar a cabo la invitación a cuando menos tres personas o la adjudicación directa y motivando la propuesta mediante la descripción de manera clara de las razones en que se sustente la misma;*
- V. El monto estimado de la contratación y forma de pago propuesta;*
- VI. En el caso de adjudicación directa, el nombre de la persona propuesta y sus datos generales, o tratándose de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas fundados en los supuestos a que se refiere el quinto párrafo del artículo 40 de la Ley, los nombres y datos generales de las personas que serán invitadas;*

⁸⁴ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

VII. La acreditación del o los criterios a que se refiere el segundo párrafo del artículo 40 de la Ley, en que se funde y motive la selección del procedimiento de excepción, según las circunstancias que concurran en cada caso, y

VIII. El lugar y fecha de emisión.

Al documento a que se refiere este artículo, se deberá acompañar la requisición o solicitud de contratación, acreditando la existencia de recursos para iniciar el procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 25 de la Ley y el 18 del presente Reglamento, así como para el caso de adquisición o arrendamiento de bienes la constancia señalada en el artículo 27 de este Reglamento.

En los supuestos previstos en las fracciones II, IV, V, VI, VII, IX, primer párrafo, XI, XII y XX del artículo 41 de la Ley, en el documento que prevé este artículo se deberá adicionar un punto en el que se precise que quien lo suscriba dictamina como procedente la no celebración de la licitación pública y el procedimiento de contratación que se autoriza.

IV. 4. INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS

Según lo establece el artículo 42 de la LAASSP⁸⁵ una vez que se haya dictaminado procedente la excepción a la licitación pública, las dependencias podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, a través de los de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando el importe de cada operación no exceda los montos máximos que al efecto se establecerán en el Presupuesto de Egresos de la Federación, siempre que las operaciones no se

⁸⁵ Artículo 42 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

fraccionen para quedar comprendidas en los supuestos de excepción a la licitación pública.

Nos refiere Moreno Molina y varios⁸⁶ dice que el procedimiento restringido, solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud, y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.

Esto será si el monto de la operación corresponde a una invitación a cuando menos tres personas, la procedencia de la adjudicación directa sólo podrá ser autorizada por el oficial mayor o equivalente.

La suma de las operaciones que se realicen mediante la excepción a la licitación no podrá exceder del treinta por ciento del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios autorizado a la dependencia en el ejercicio.

En el supuesto de que un procedimiento de invitación a cuando menos tres personas haya sido declarado desierto, el titular del área responsable de la contratación en la dependencia o entidad podrá adjudicar directamente el contrato.

Para contratar adjudicaciones directas, cuyo monto sea igual o superior a la cantidad de trescientas veces las Unidad de Medida y Actualización (UMA) se deberá contar con al menos tres cotizaciones con las mismas condiciones, que se hayan obtenido en los treinta días previos al de la adjudicación y consten en documento en el cual se identifiquen indubitablemente al proveedor oferente.

⁸⁶ Moreno Molina José Antonio, Punzon Moraleda Jesús &varios Derecho de la Contratación Pública, Análisis de la preparación y adjudicación de los contratos, Grijley, España p. 631.

IV.5. PROCEDIMIENTO DE INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS.

Por su parte el artículo 43 de la LAASSP⁸⁷, establece que el procedimiento de invitación se deberá seguir conforme a los siguientes pasos:

1. Se difundirá la invitación en CompraNet y en la página de Internet de la dependencia;
2. El acto de presentación y apertura de proposiciones podrá hacerse sin la presencia de los correspondientes licitantes, pero invariablemente se invitará a un representante del órgano interno de control en la dependencia o entidad;
3. Para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres proposiciones susceptibles de analizarse técnicamente;
En caso de que no se presenten el mínimo de proposiciones señalado en el párrafo anterior, se podrá optar por declarar desierta la invitación, o bien, continuar con el procedimiento y evaluar las proposiciones presentadas. En caso de que sólo se haya presentado una propuesta, la convocante podrá adjudicarle el contrato si considera que reúne las condiciones requeridas, o bien proceder a la adjudicación directa conforme al último párrafo de este artículo;
4. Los plazos para la presentación de las proposiciones se fijarán para cada operación atendiendo al tipo de bienes, arrendamientos o servicios requeridos, así como a la complejidad para elaborar la proposición. Dicho plazo no podrá ser inferior a cinco días naturales a partir de que se entregó la última invitación,
5. Las demás disposiciones de esta Ley que resulten aplicables a la licitación pública, siendo optativo para la convocante la realización de la junta de aclaraciones.

⁸⁷ Artículo 43 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

En el supuesto de que un procedimiento de invitación a cuando menos tres personas haya sido declarado desierto, el titular del área responsable de la contratación en la dependencia o entidad podrá adjudicar directamente el contrato siempre que no se modifiquen los requisitos establecidos en dichas invitaciones.

V. LA CONTRATACIÓN

V.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Nos dice López Elías⁸⁸ que la actividad contractual de la administración pública, no siempre constituye mera actividad de gestión, sino que también es instrumento directo para atender los intereses públicos, por ejemplo la realización de obras públicas. Además, las modernas administraciones, en sus relaciones con los ciudadanos tienden a utilizar, donde sea posible, instrumentos de negociación, en lugar de medios autoritarios, como son las tradicionales potestades públicas.

Sobre tal base, fue propuesta por la doctrina la distinción entre actividad privada- con meros fines patrimoniales y de gestión- y actividad administrativa de derecho privado (inmediatamente dirigida a administrar intereses públicos), precisamente para subrayar estos dos aspectos de la utilización del derecho privado, de parte de la administración pública. No aparece aún, que esta distinción tenga relevancia con relación a la disciplina de la actividad contractual de la administración, ya que falta actualmente una diferencia de regulación fundada en tal presupuesto.

⁸⁸ LOPEZ ELIAS, La Licitación pública en México ob cit. P 11

En el desarrollo de su acción de derecho privado, la administración pública hace uso de casi todos los tipos de contratos previstos por el código civil compatibles en su carácter de persona jurídica; esta, en efecto concluye compraventas, arrendamientos, contratos de obras, contratos de suministro,, mutuos, etcétera. Además, se sirve de contratos atípicos para regular algunas relaciones con objeto público, negocios que por la doctrina son denominados “contratos con objeto público” y también “contratos administrativos.

La actividad contractual de la administración pública, por el mismo hecho de ser actividad de derecho privado, no puede someterse a las normas del derecho civil que rigen la formación de los contratos y los contratos mismos. Sin embargo, por motivos históricos ligados a cierta concepción de la “cosa pública” y a episodios contingentes, la acción contractual en las administraciones públicas y de las entidades públicas tradicionales ha ido sometiéndose cada vez mas a leyes particulares algunos derecho privado especial y por otros de derecho público.

La administración pública ante las necesidades de la comunidad, no puede actuar siempre sola por medio de actos administrativos unilaterales. Frente a tal situación, la administración pública utiliza personas y cosas para sustentar las necesidades colectivas y su propia existencia. Para satisfacer las necesidades requiere de la colaboración de los particulares; ésta puede ser obligatoria o voluntaria, dependiendo de la clase de bienes o servicios y atendiendo al mayor o menor apremio de la necesidad a satisfacerse, dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

La administración pública para satisfacer las necesidades de la comunidad, busca celebrar contratos como ayuda a su gestión, mediante acuerdos de muy distinta naturaleza con particulares y entes públicos. La mayoría de dichos acuerdos,

configuran negocios jurídicos en donde las voluntades deben concurrir necesariamente para la formación del contrato: la voluntad de la administración pública y la voluntad de un cocontratante.

Para adquirir los bienes o servicios necesarios, la administración pública debe recurrir a arreglos contractuales, ya sean bilaterales o multilaterales, implicando el previo consentimiento de las partes contratantes que persiguen metas complementarias. En ellos, se debe incluir al proveedor individual, al contratista de obras públicas, al usuario de servicios públicos, etcétera, en el procedimiento a través del cual se forja el acto administrativo, la conclusión de una operación conjunta de ambas partes.

Así, el contrato constituye una forma de la acción administrativa, a partir del cual surgen los derechos y obligaciones de las partes. Bajo circunstancias modernas, los actos unilaterales impuestos por autoridad de la administración pública, ya se encuentren basados, en lo que Langrod denomina “poder del orden público” , ya sobre el consentimiento previo del individuo interesado.

Al estudiar los vínculos contractuales de la administración pública, se debe establecer previamente si existen o no contratos administrativos diferentes a los contratos del derecho privado y, en tal caso, determinar cuál es el criterio a seguir para distinguir unos de otros.

En el derecho alemán⁸⁹ los contratos que la administración necesita celebrar para la realización de las obras públicas, para el suministro de toda clase de bienes y servicios, se consideran contratos privados sujetos a las normas comunes del derecho civil y mercantil y cuyo contencioso se ventila ante los tribunales civiles. Al

⁸⁹ PARADA, Ramón, Derecho administrativo, 2a ed. Madrid, Marcial Pons, 1900, p 217.

margen de estos contratos, se admite una categoría de convenios en que el objeto lo constituyen competencias públicas, normalmente gestionadas a través de actos unilaterales.

V.2. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS

Ahora bien, en cuanto hace a la forma y contenido que deben de tener o integrar los contratos, por lo general cada dependencia y convocante elabora lineamientos con los requisitos que deben de tener los contratos, incluso, la redacción del clausulado a fin de que al momento de requerir uno se pueda tomar un formato “ideal” para todas las contrataciones.

No obstante, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Sector Público, establece en su artículo 45⁹⁰ los requisitos mínimos que se debe contener, los cuales son:

- I. El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;
- II. La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;
- III. Los datos relativos a la autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato;

⁹⁰ Art. 45 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

- IV. Acreditación de la existencia y personalidad del licitante adjudicado;
- V. La descripción pormenorizada de los bienes, arrendamientos o servicios objeto del contrato adjudicado a cada uno de los licitantes en el procedimiento, conforme a su proposición;
- VI. El precio unitario y el importe total a pagar por los bienes, arrendamientos o servicios, o bien, la forma en que se determinará el importe total;
- VII. Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste, determinando expresamente el o los indicadores o medios oficiales que se utilizarán en dicha fórmula;
- VIII. En el caso de arrendamiento, la indicación de si éste es con o sin opción a compra;
- IX. Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían, los cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;
- X. Porcentaje, número y fechas o plazo de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;
- XI. Forma, términos y porcentaje para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato;
- XII. La fecha o plazo, lugar y condiciones de entrega;
- XIII. Moneda en que se cotizó y se efectuará el pago respectivo, el cual podrá ser en pesos mexicanos o moneda extranjera de acuerdo a la determinación de la convocante, de conformidad con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos;
- XIV. Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes, arrendamientos o servicios, señalando el momento en que se haga exigible el mismo;
- XV. Los casos en que podrán otorgarse prórrogas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los requisitos que deberán observarse;

XVI. Las causales para la rescisión de los contratos, en los términos previstos en esta Ley;

XVII. Las previsiones relativas a los términos y condiciones a las que se sujetará la devolución y reposición de bienes por motivos de fallas de calidad o cumplimiento de especificaciones originalmente convenidas, sin que las sustituciones impliquen su modificación;

XVIII. El señalamiento de las licencias, autorizaciones y permisos que conforme a otras disposiciones sea necesario contar para la adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de los servicios correspondientes, cuando sean del conocimiento de la dependencia o entidad;

XIX. Condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, arrendamientos o servicios, por causas imputables a los proveedores;

XX. La indicación de que en caso de violaciones en materia de derechos inherentes a la propiedad intelectual, la responsabilidad estará a cargo del licitante o proveedor según sea el caso. Salvo que exista impedimento, la estipulación de que los derechos inherentes a la propiedad intelectual, que se deriven de los servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones contratados, invariablemente se constituirán a favor de la dependencia o de la entidad, según corresponda, en términos de las disposiciones legales aplicables;

XXI. Los procedimientos para resolución de controversias, distintos al procedimiento de conciliación previsto en esta Ley, y

XXII. Los demás aspectos y requisitos previstos en la convocatoria a la licitación e invitaciones a cuando menos tres personas, así como los relativos al tipo de contrato de que se trate.

La convocatoria a la licitación, el contrato y sus anexos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones. Las estipulaciones que se

establezcan en el contrato no deberán modificar las condiciones previstas en la convocatoria a la licitación y sus juntas de aclaraciones; en caso de discrepancia, prevalecerá lo estipulado en éstas.

V.3. GARANTÍA DE LOS CONTRATOS

El Estado, al tener la obligación de prestar servicios públicos debe de garantizar que sus proveedores le den cumplimiento a los contratos que estos adjudican. De manera tal que el artículo 48⁹¹ establece por que importes y causas se deberá garantizar los contratos.

- I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse por la totalidad del monto de los anticipos, y
- II. El cumplimiento de los contratos.

Para los efectos de lo anterior, la convocante fijará las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse, considerando los antecedentes de cumplimiento de los proveedores en los contratos celebrados con las dependencias y entidades, a efecto de determinar montos menores para éstos, de

acuerdo a los lineamientos que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública. En los casos señalados en las fracciones II, IV, V, XI y XIV del artículo 41 y 42 de la LAASSP, el servidor público que deba firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar al proveedor, de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo.

⁹¹ Art. 48 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La garantía de cumplimiento del contrato deberá presentarse en el plazo o fecha previstos en la convocatoria a la licitación; en su defecto, a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro del citado plazo y, la correspondiente al anticipo se presentará previamente a la entrega de éste, a más tardar en la fecha establecida en el contrato.

V.4 RECISIÓN DE CONTRATO Y TERMINACIÓN ANTICIPADA

Recisión de contrato

Las dependencias contratantes podrán en cualquier momento rescindir administrativamente los contratos cuando el proveedor incurra en incumplimiento de sus obligaciones, conforme al procedimiento que establece el artículo 54⁹² y que establece lo siguiente:

- I. Se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de cinco días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;
- II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el proveedor. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor dentro dicho plazo, y
- III. Cuando se rescinda el contrato se formulará el finiquito correspondiente, a efecto de hacer constar los pagos que deba efectuar la dependencia o entidad por

⁹² Art. 54 Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

concepto de los bienes recibidos o los servicios prestados hasta el momento de rescisión.

Iniciado un procedimiento de conciliación las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán suspender el trámite del procedimiento de rescisión.

Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes o se prestaren los servicios, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la dependencia o entidad de que continúa vigente la necesidad de los mismos, aplicando, en su caso, las penas convencionales correspondientes.

La dependencia o entidad podrá determinar no dar por rescindido el contrato, cuando durante el procedimiento advierta que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas. En este supuesto, deberá elaborar un dictamen en el cual justifique que los impactos económicos o de operación que se ocasionarían con la rescisión del contrato resultarían más inconvenientes.

Al no dar por rescindido el contrato, la dependencia o entidad establecerá con el proveedor otro plazo, que le permita subsanar el incumplimiento que hubiere motivado el inicio del procedimiento. El convenio modificatorio que al efecto se celebre deberá atender a las condiciones previstas por los dos últimos párrafos del artículo 52 la LAASSP.

Cuando por motivo del atraso en la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, o el procedimiento de rescisión se ubique en un ejercicio fiscal diferente a aquél en que hubiere sido adjudicado el contrato, la dependencia o entidad convocante podrá recibir los bienes o servicios, previa verificación de que continúa vigente la necesidad de los mismos y se cuenta con partida y disponibilidad

presupuestaria del ejercicio fiscal vigente, debiendo modificarse la vigencia del contrato con los precios originalmente pactados. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en este artículo se considerará nulo.

Terminación anticipada

Nos indica el artículo 54 Bis⁹³ que la dependencia contratante, podrá dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la nulidad de los actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública.

En estos supuestos la dependencia o entidad reembolsará al proveedor los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato correspondiente.

Es dable destacar que tratándose de contrataciones públicas, será complicado establecer cuando no se actualiza una razón de interés general, puesto que las contrataciones públicas que comentamos tienen su rige en la LAASSP, que es una ley de orden público que desde luego es de interés general.

⁹³ Art. 54 BIS Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

VI. EL DERECHO A LA COMPETENCIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

IV. 1. NOCIONES DE LA COMPETENCIA

Nos refieren respecto a la Competencia Witker Velásquez, Jorge Alberto Varela, Angélica⁹⁴ que etimológicamente, el término de competencia encuentra su raíz en las voces latinas competencia, a (*competens, enfis*), relación, proposición, aptitud, apto, competente. En un sentido jurídico general el término competencia alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos.

En un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.

Para que dicha competencia pueda darse de forma efectiva es necesario, en consecuencia, que en el mercado no existan condiciones que favorezcan la posición de un competidor en relación con el resto; ello se logra si existe en el mercado gran cantidad de oferentes y demandantes, Cabanellas de las Cuevas⁹⁵:

“Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que éstas actúen

⁹⁴ Witker Velásquez, Jorge Alberto y Varela, Angélica, Derecho de la competencia económica en México, Universidad Autónoma de México, p. 3

⁹⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonolólico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Editorial Heliasra, 1983, p 262

independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.”

Abunda Witker y Varela⁹⁶ que no solo es necesario que el mercado se encuentre fragmentado, es decir que existan múltiples oferentes y demandantes, sino además es preciso que ninguno de ellos cuente con un mismo poder económico dentro del mercado, de tal manera que sea capaz de determinar unilateralmente el precio del bien o la cantidad del mismo.

VI. 2. LA LIBRE CONCURRENCIA Y LIBRE COMPETENCIA

Libre Concurrencia

La libre concurrencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de **un acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o destrucción alguna**. La existencia de monopolios naturales, especialmente en materia de recursos naturales, es una limitante a la libre concurrencia; por ejemplo antes de la reforma energética en México y los hidrocarburos.

Libre Competencia

En cambio la libre competencia supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada (libre concurrencia) que eventualmente pudieran existir. Es

⁹⁶ Witker Velásquez, Jorge Alberto y Varela, Angélica, Derecho de la competencia económica en México, ob cit p 4.

evidente que se trata de conceptos parecidos, aunque jurídicamente se presentan en momentos económicos distintos.

Desde el punto de vista de la teoría económica, el término competencia es entendido como una situación de mercado, que para efectos de análisis se ubica entre dos extremos: competencia perfecta y competencia monopólica.

La competencia perfecta es un modelo ideal, útil para efectos de formación de teorías y modelos- no es una situación que se presente en el mundo real-, y supone básicamente las siguientes características:

- Existen infinidad de agentes económicos, infinitamente pequeños quienes maximizan su ganancia o su utilidad.
- No existen barreras a la entrada (libre concurrencia)
- No hay restricciones al comercio entre países, es decir, existe libre movilidad de factores.
- No existe diferenciación por productos, ya que se trata de un producto idéntico.
- Existe información completa y perfecta.

Sanchez Calero⁹⁷ define al derecho de la competencia como un sector del ordenamiento jurídico que engloba un conjunto de instituciones de distinta naturaleza que, no obstante, gozan de la nota común de relacionarse con la actividad económica y la regulación de competencia.

VI. 3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO SUJETO DE LA COMPETENCIA

⁹⁷ Sanchez Calero, Fernando, Instituciones de derecho mercantil, Madrid, McGraw-Hill. 1997, p 116.

El derecho de la competencia económica hace de los mercados su centro de regulación, y de los agentes económicos los sujetos a regular, sin discriminar entre sujetos públicos o privados, pudiendo tener tal carácter cualquier persona física o moral que dentro del sistema económico realice funciones de producción, distribución, adquisición, o asignación de satisfactores, o que participe en las actividades relativas al que, cómo y para quien producir.

El estado es un agente económico mas, que además de intervenir en las relaciones económicas, conserva sus funciones como regulador de las actividades de mercado a través de mecanismos de política económica e instrumentos jurídicos diversos. La tendencia es que el Estado deje de desarrollar funciones de rectoría económica y empresarial (tendencia privatizadora) y que su intervención radique en regulaciones tales como permisos, autorizaciones, licencias, concesiones y demás trámites que restrinjan la actividad de mercado a efecto de generar mayor competencia económica.

El Estado, en su papel de agente económico tiene un gran peso en la economía de un país ya que las compras gubernamentales son importantes factor para el impulso de diversos sectores económicos.⁹⁸

Continua Witker y Varela manifestando que el objetivo fundamental del derecho de la competencia es lograr mercados competitivos, por ello la regulación y sanción de toda práctica anticompetitiva redundará en una aproximación al logro de dicho objetivo.

⁹⁸ Witker Velásquez, Jorge Alberto y Varela, Angélica, Derecho de la competencia económica en México, ob cit p 8 y 9

Los intereses protegidos de la competencia:

- a) La libre concurrencia y la libre competencia.
- b) La eficiencia.
- c) Derecho al desarrollo.

Las prácticas restrictivas

Son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, línea de productos o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial.⁹⁹

VI. 4. LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La competencia económica es la rivalidad que se genera entre empresas que contienden en un mercado para vender sus bienes o servicios.

La libre concurrencia es la posibilidad que tienen las empresas para tener un negocio y competir en el mercado, en las mismas condiciones que las demás. Estos conceptos se conocen en conjunto como “el proceso de competencia y libre concurrencia”.

⁹⁹ Witker, Jorge, Prácticas desleales y prácticas restrictivas, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia en México, UNAM, P 142.

En este proceso las empresas toman decisiones de negocios, aplican estrategias comerciales y realizan acciones para hacerse más eficientes, reducir sus costos, aumentar sus ganancias y colocarse cada vez mejor en el mercado. El resultado de estas actividades es normalmente benéfico para el mercado y los consumidores, puesto que las empresas se esfuerzan por ofrecer mejor calidad, innovación y precios.

Sin embargo, existen acuerdos y decisiones unilaterales de negocios, que en lugar de causar un efecto positivo, tienen el objeto o el efecto de restringir el proceso de competencia y libre concurrencia para proteger o extender posiciones en un mercado, y que resultan en perjuicios para otras empresas y el consumidor, estas conductas están prohibidas en nuestro país.

Ahora bien, según lo establecen los dispositivos 25, 26, y 28 de la CPEUM¹⁰⁰, nuestro país establece diversos derechos humanos en materia económica, en los cuales se establece la libre competencia y concurrencia, esto al amparo de la competitividad, lo que hace que el crecimiento económico de nuestro país se incentive creando desde luego nuevas y mejores oportunidades de trabajo y empleo que se realizan a través de competencias entre el mercado de nuestro país.

Es decir, nuestro país se encuentra constituido a base de la LIBRE COMPETENCIA lo cual quiere decir que la administración debe garantizar que ninguna Empresa realice prácticas con objeto de desestabilizar a sus competidoras, y así dominar el Mercado debido a su mayor tamaño y a su posible influencia sobre los poderes públicos.

¹⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Por su parte la LIBRE CONCURRENCIA, entendemos a la regulación y garantías que existen con el objeto de que los oferentes y demandantes de bienes y servicios pueden concurrir libremente a la fijación de los precios en base a la libertad de juego de la Oferta y la Demanda.

Así el artículo 25 de nuestro Código Político¹⁰¹, establece que el régimen político de la Nación será democrático y que mediante la competitividad se fomentará el crecimiento económico. A mayor abundamiento se transcribe el referido numeral.

“**Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del **desarrollo nacional** para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, **mediante la competitividad**, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. **La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico**, promoviendo la inversión y la generación de empleo.”

Por su parte el artículo 26 de nuestra Carta Magna establece que el sistema de planeación democrática de nuestro país será desde luego la competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía.

Se transcribe dicho numeral:

“**Artículo 26.**

A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, **competitividad, permanencia**

¹⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.”

Por último, dentro del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece **la prohibición expresa** a cualquier acto que **eviten la libre competencia o la competencia entre los comerciantes o empresarios generales**, es decir, con dicha prohibición fomenta desde luego la competitividad en beneficio de los mexicanos, para el efecto de que a través de esta, se tengan mas y mejores oportunidades a fin de recibir un servicio con mayor calidad y a un mejor precio.

“Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

*En consecuencia, **la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.***

*Las leyes fijarán bases para que se **señalen precios máximos a los artículos, materias o productos** que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer*

modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.”

Del anterior dispositivo, se puede destacar que la Constitución prohíbe claramente cualquier procedimiento que de cualquier manera hagan para evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a consumidores a pagar precios exagerados. O bien lo que constituya una ventaja exclusiva indebida para una o varias personas, como es el caso de los requisitos subjetivos referidos con anterioridad y que a continuación se reproducen a manera de síntesis

VI. 5 LA COMPETENCIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Las contrataciones que realizan las dependencias y entidades gubernamentales comprenden una gran variedad de bienes, servicios y obras, desde bolígrafos y engrapadoras, hasta grandes lotes de medicamentos sin dejar de lado la construcción y mantenimiento de caminos y puentes, edificios entre otros.

Su importancia económica es evidente, pues los recursos destinados a las contrataciones públicas representaron en promedio el 13% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países miembros de la OCDE para 2013.¹⁰²

¹⁰² OCDE. (2015). Government at a Glance. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/4215081e>.

<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/4215081e.pdf?expires=1459713597&id=id&accname=guest&checksum=70501947B6A7C80D53A1AF003D4BFE39>

En México, el gasto destinado a obras y adquisiciones públicas como proporción del PIB fue de 5.32% en 2014.¹⁰³ De igual forma, representó el 26.69% del total del gasto de la Administración Pública Federal en el mismo año. En este contexto, en la medida en que se logran mejores condiciones de contratación, el Estado obtiene ahorros derivados de un uso más eficiente de los recursos públicos y está en mejor capacidad de prestar servicios públicos. De hecho, los entes gubernamentales tienen como mandato constitucional llevar a cabo procedimientos de contratación que consigan las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento y oportunidad para el Estado en términos del artículo 134 constitucional. En el logro de esas condiciones, la competencia económica y la libre concurrencia juegan un rol fundamental.

Cuando existe competencia, las empresas que participan en un mercado tienen los incentivos para conquistar la preferencia del consumidor a través de una mayor oferta de bienes y servicios, de mejor calidad y/o a menores precios.

En este sentido, las dependencias, siempre deben procurar que exista competencia y libre concurrencia en sus procedimientos para que las empresas participantes tengan los incentivos necesarios por esforzarse en ofrecer las mejores condiciones de contratación.

De acuerdo con el artículo 134 de la CPEUM¹⁰⁴, los recursos económicos se administrarán bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos para los que están destinados.

¹⁰³ Datos en SHCP. (2014). *Estado del Ejercicio del Presupuesto de Egresos por Capítulos de Gasto*. Disponible en: <http://finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/CP/2014/tomo/II/CO2.03.GFEEPECG.pdf>.

¹⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y contratación de obra que se realicen con recursos públicos deben adjudicarse por regla general a través de licitación pública y asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, entre otras circunstancias.

Por otra parte, el artículo 28 de la CPEUM señala que el Estado podrá, en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que prevengan las leyes. En su otorgamiento, también deben observarse los principios establecidos por el artículo 134 constitucional, debido a que son susceptibles de entregarse a cambio de una contraprestación, por lo que de igual forma deben sujetarse, por regla general¹⁰⁵, al procedimiento de licitación a fin de evitar fenómenos de concentración y, con ello, garantizar las mejores condiciones para el Estado.

Las adquisiciones y obras públicas se regulan tanto a nivel federal como local. En el ámbito federal, los principales ordenamientos que rigen los procedimientos de compra y obra pública que realizan las dependencias de la Administración Pública Federal son la ley de adquisiciones y la ley de obras, las cuales tienen por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución en estas materias.

En el ámbito local, los estados cuentan con sus propias Leyes en materia de adquisiciones de bienes y servicios, contrataciones de obra pública y servicios relacionados con las mismas, y asociaciones público-privadas para proyectos de

¹⁰⁵ 34. Tesis Jurisprudencia P./J. 72/2007; Semanario Judicial de la Federación, Novena época Diciembre de 2007; México Registro: 170758.

infraestructura o prestación de servicios públicos, ya que los congresos locales tienen la atribución para emitirlos en ejercicio de la soberanía que les otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No obstante, las dependencias se encuentran sujetas a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público cuando realizan contrataciones públicas con cargo total o parcial a recursos federales.

El diseño pro-competitivo de los procedimientos de contratación juega un rol fundamental en la obtención de las mejores condiciones de precio, calidad, cantidad y variedad de los bienes, servicios u obras que contrata el Estado, así como en la asignación eficiente de los recursos públicos destinados para estos fines.

En ese sentido, adicionalmente al combate de los actos colusorios, los procedimientos deben diseñarse pensando en los siguientes objetivos:

- **Obtener la mayor participación posible (conurrencia);** y
- Generar la suficiente presión competitiva entre los participantes (competencia).

En cuanto a la **conurrencia**, resulta importante evitar que en los procedimientos se impongan barreras de entrada o se otorguen ventajas exclusivas a ciertos participantes, entre otros, mediante¹⁰⁶:

- i) el establecimiento de requisitos o reglas de participación injustificadas, discriminatorias, desproporcionales o que favorezcan a algunos en particular;

¹⁰⁶ Comisión Federal de Competencia Económica COFECE Recomendaciones de la Contratación Pública, Mayo 2016

- ii) la falta de información oportuna para que los participantes puedan preparar sus propuestas en igualdad de circunstancias y con tiempo suficiente; y
- iii) la implementación de criterios de evaluación inadecuados.

En cuanto a la competencia, los procedimientos deben diseñarse de forma tal que:

- i) garanticen piso parejo a todos los participantes;*
- ii) incentiven la presentación de propuestas agresivas; y*
- iii) desincentiven la celebración de acuerdos colusorios.*

Al respecto, la falta de competencia y libre concurrencia en los procedimientos de contratación tiene serias repercusiones en las contrataciones públicas, pues provoca la asignación ineficiente de recursos en detrimento de toda la sociedad pero también limita la participación de empresas a una posible venta.

Asimismo, como lo señala la OCDE, genera precios altos que redundan en ganancias extra normales para los participantes, las cuales pudieran utilizarse para financiar posibles dádivas o sobornos para los servidores públicos y, con ello, provocar posibles actos de corrupción. Así, la ausencia de competencia y libre concurrencia genera un círculo vicioso que afecta de manera integral a las contrataciones.¹⁰⁷

¹⁰⁷ OCDE. (2010). *Roundtable on collusion and corruption in public procurement*. Pp. 205. OCDE. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>

Cabe destacar que según la exposición de motivos de la reforma¹⁰⁸ el legislador ha considerado algunos otros fines de las normas que rigen las adquisiciones, arrendamientos, servicios y ejecución de obra pública de la administración pública federal como los señalados en la exposición de motivos de la reforma al artículo impugnado de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de julio de dos mil cinco(1) que son, en lo que interesa, los siguiente:

"... Para lograr las profundas transformaciones que requiere el país en una nueva etapa de democracia plena, deben considerarse como sustento fundamental, la preservación del Estado de derecho y la consolidación de alternativas más incluyentes y participativas.

"...

"Es en ese proceso de cambio, en el que se inscribe la iniciativa que se somete a esa representación nacional, con el fin de **coadyuvar a restituir a los ciudadanos la confianza y seguridad en las instituciones públicas.**

"La integración de la iniciativa de reformas a las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, que ahora se presenta a esa soberanía, parten de un profundo análisis de las dificultades operativas que comúnmente se presentan en las operaciones efectuadas por las instituciones públicas en esos rubros y **de la discrecionalidad que enfrentan los proveedores y contratistas que participan en los procesos de contratación.**

"Como aspecto primordial en el diagnóstico de dicha problemática, se consideró como elemento indispensable, la identificación de los puntos críticos de los procesos de contratación que con mayor incidencia reflejan actos de corrupción. Asimismo, se tomó en cuenta la vinculación de los ordenamientos citados con los que se regula la responsabilidad administrativa de los servidores públicos.

¹⁰⁸ Mediante dicho decreto se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

*"Con objeto de lograr una visión integral de los alcances de la reforma, se asumió que la modernización del marco jurídico que regula el ejercicio y control del gasto público, **debe sustentarse en criterios que aseguren la escrupulosa y transparente aplicación de los recursos por parte de los servidores públicos, y el establecimiento de los métodos que permitan a la sociedad participar de manera directa en los procedimientos respectivos.***

"Así, el Ejecutivo a mi cargo ha asumido el compromiso de promover las reformas consecuentes para aquellos casos en los que las normas y los procedimientos vigentes inhiben el desempeño de la sociedad, procurando asimismo, profundizar en la transparencia del quehacer gubernamental y en la clara rendición de cuentas.

"El fomento y crecimiento sostenido de la industria nacional, debe constituir para el Estado un propósito fundamental que impulse el desarrollo y la inversión. ...

"En este proceso de actualización, se cuenta ya con una nueva Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. ...

"De igual forma, fue promulgada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. ...

*"Si bien, los avances en la actualización del marco legal en las materias que nos ocupan es sin duda significativo, resulta **indispensable reforzar los mecanismos, normas y procedimientos que prevengan la discrecionalidad en la prestación de los servicios.**"*

Así las cosas, el legislador claramente reforzó que las contrataciones públicas que se realizan al amparo de la LAASSP¹⁰⁹ en comento que el gasto público debe

¹⁰⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

sustentarse en criterios que aseguren la escrupulosa y transparente aplicación de los recursos por parte de los servidores públicos, y el establecimiento de los métodos que permitan a la sociedad participar de manera directa en los procedimientos respectivos.

De igual forma, el propio legislador establece y reconoce que es necesario reformar los mecanismos y normas y procedimientos que **prevengan la discrecionalidad** de dicho gasto público.

Según lo establece el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las disposiciones legales que emanen, deben de ser coincidentes y en arreglo a los tratados internacionales que México es parte, y desde luego respetar aquellas disposiciones que establece dichos tratados.

Por su parte, el artículo 1º de nuestra carta magna, claramente nos establece que todos los Mexicanos, gozaremos de los derechos humanos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

En especial forma, establece que la interpretación que se debe dar a las leyes, deberán desde luego respetar ahí los derechos que se encuentren en los tratados internacionales, estos últimos desde luego favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En el mismo sentido, el constituyente estableció en el primer numeral de nuestro código político, que el Estado deberá **prevenir y reparar** las violaciones a los derechos humanos en los términos establecidos en la ley.

Así las cosas, nuestra constitución política en su artículo 134, considera la manera en que los entes públicos, deberán de ejercer los recursos públicos, en este particular en su primer párrafo claramente indica que lo deberá hacer con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, ello desde luego para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Así mismo en el tercer párrafo de dicho numeral, establece el procedimiento que deberá seguirse para llevar a cabo las adjudicaciones por las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones que los entes públicos realicen, lo cual dispone que para estos efectos, los entes lo deberán hacer asegurando al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

De igual forma, establece claramente que los servidores públicos, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar **con imparcialidad los recursos públicos** y dispone que no podrán incluir en la equidad de la competencia.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 134 de nuestra Constitución Política que indica lo siguiente:

“Artículo 134. Los **recursos económicos** de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con **eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez** para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación y las entidades federativas, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo precedente. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 26, Apartado C, 74, fracción VI y 79 de esta Constitución.

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.**

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.

El manejo de recursos económicos federales por parte de las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, **se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias.** La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de **aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia** entre los partidos políticos.

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

VI.6. LA COMPETENCIA SEGÚN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS EN EL CONTRA LA CORRUPCIÓN

México suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, dentro de la cual, regula claramente, la manera en que los Estados miembros deben de efectuar sus contrataciones públicos y gestión de la hacienda pública.

En este tenor, los Estados partes, se obligaron desde luego a regular dentro de su derecho interno, disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, desde luego tenemos que tener en claro que los tratados internacionales están inmersos en principios jurídicos, por lo cual, es evidente que el término de prevención lo tenemos que entender como todo aquel acto jurídico legislativo o ejecutivo que tenga que ver con evitar actos de posible corrupción.

México derivado de dicha Convención, se encuentra obligado a respetar los derechos que establece el artículo 9 apartado 1 de la misma, la cual obliga claramente a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la **competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones**, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Así mismo, en el apartado c) de dicho numeral, dispone que los Estados partes deberán de aplicar criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones respecto a las contrataciones públicas que se realicen.

A mayor abundamiento se transcribe el referido numeral

“Artículo 9. Contratación pública y gestión de la hacienda pública:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) ...

b) ...

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

(...)"

Así los objetivos de la Convención que se pueden leer en el preámbulo son la prevención y el combate de las prácticas corruptas, esto de la mano con el fomento a la **competitividad y la eficacia** del ejercicio de los recursos públicos.

Como hemos visto, la contratación pública debe quedar sujeta a una reglamentación que garantice transparencia, **competencia efectiva y toma de decisiones objetivas.**

Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción, establece en su artículo III apartado 5, que los Estados deben considerar la aplicabilidad de las medidas dentro de sus sistemas a crear, mantener o fortalecer dichos sistemas de contratación para la adquisición de bienes y servicios los cuales deben de aseguraran la publicidad, equidad y eficiencia.

A mayor abundamiento se transcribe dicha disposición:

“ARTICULO III Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

*5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, **equidad** y eficiencia de tales sistemas.”*

Así entonces, tenemos que el derecho internacional al que se encuentra obligado nuestro país, dispone claramente que los Estados deben de realizar sus contrataciones priorizando que el ejercicio del recurso público se lleve de la mano entre otros, **de los principios de equidad, eficacia, eficiencia y competencia pero sobre todo objetividad.**

Lo anterior se traduce claramente a que las autoridades, al momento de ejercer sus recursos públicos lo tienen que hacer priorizando la **libre competencia** entre los concursantes de las licitaciones públicas, que no quiere decir mas que establecer reglas iguales o similares sin establecer requisitos que vengán a mermar la libre concurrencia de los concursantes, es decir los entes no deben establecer requisitos que limiten el acceso de los participantes a competir de manera justa, ello pues, con el objeto de que las adquisiciones que se contraten desde luego sean menos onerosas para el Estado, puesto que se deben de prevalecer los principios de equidad, eficacia y eficiencia, que no se traduce mas que en hacer mayores acciones de mejor calidad, pero sobre todo con menos dinero.

Lo anterior, estableciendo según los tratados criterios objetivos para la contratación pública.

Como bien anticipamos según lo establece el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece por regla general que las contrataciones públicas deben de llevarse a cabo a través de los procedimientos de licitación pública a fin de poder obtener las mejores condiciones de contratación en favor de la convocante, por lo cual esta emitirá una convocatoria en la que establezca las bases del concurso, como son los requisitos que deben de contar aquellos participantes que quieran participar en e concurso.

Los requisitos de participación en los concursos se establecen con el fin de comprobar que los interesados cuenten con la experiencia y la capacidad técnica, financiera y de ejecución para cumplir con los contratos.

Al respecto, debe tenerse especial cuidado en no impedir o desincentivar, por esta vía, la participación de posibles oferentes o favorecer a alguno en particular. En ese sentido, las convocantes, **deben evitar establecer requisitos que pudieran acotar el número de posibles oferentes de manera injustificada.**

En la medida en que existan **mayores niveles de concurrencia y rivalidad competitiva** en los procedimientos, mayores serán las probabilidades de que la las convocantes, obtenga condiciones de contratación óptimas.

Esto es así ya que en términos de los artículos 29, fracción V y 40 de la LAASSP¹¹⁰ las bases de la licitación pública contendrán los requisitos que deberán cumplir los interesados, **los cuales no deben limitar la concurrencia y competencia**

¹¹⁰ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público,

económica. Por ejemplo, haber celebrado contratos anteriores con la CONVOCANTE¹¹¹, contar previamente una la adjudicación del contrato con oficinas o representantes regionales o estatales, estar inscrito en registros de calidad de productos o servicios o que los bienes a adquirir sean de una marca determinada, entre otros.

De igual forma, recomienda la misma Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) dentro de su estudio denominado “Recomendaciones de la COFECE en las Contrataciones Públicas” que es **fundamental y que la convocatoria y bases del concurso** señalen toda la información que permita a todos los posibles licitantes preparar en **igualdad de circunstancias su participación** a fin de favorecer la transparencia y dar certidumbre a los posibles participantes.

De igual forma en el referido artículo la COFECE emitió respecto a los procedimientos de licitación pública a **fojas 45** las siguientes recomendaciones:

RECOMENDACIONES

R.2.1 Establecer en la convocatoria y las bases de los procedimientos de contratación los requisitos y las reglas de participación que sean **estrictamente necesarios para cumplir con su objeto, sin incluir elementos que pudieran resultar injustificados, discriminatorios o que favorezcan a determinados participantes.**

R.2.2 Procurar que los requisitos o reglas de participación no se dirijan a perseguir objetivos de política pública distintos a obtener las mejores condiciones para el Estado en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad.

R.2.3 Evitar exigir requisitos para comprobar la experiencia y la capacidad técnica, financiera y de ejecución de los participantes

¹¹¹ Recomendaciones COFECE para promover la competencia y libre concurrencia en la contratación pública, mayo 2016 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/RecomendacionesContratacionPublica-v2.pdf>

Por otra parte, es común que para demostrar la experiencia y la capacidad técnica, financiera y de ejecución de los participantes se soliciten, por ejemplo: i) montos mínimos (por ejemplo: de capital) o garantías con el fin de asegurar la seriedad de propuestas y/o la provisión de los bienes o servicios correspondientes en tiempo y forma, ii) un número mínimo de años de experiencia, empleados o contratos celebrados, iii) ciertas certificaciones; entre otros requisitos. A fin de que estos elementos no constituyan una barrera a la entrada es importante que sean proporcionales al fin perseguido.

De esta forma, las reglas y requisitos deben ser razonables, cuantificables y los estrictamente necesarios para cumplir con el objeto del contrato, por lo que no deben contener elementos injustificados o indebidamente discriminatorios.

VII. VICIOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

El entonces Secretario de la Función Pública ordenó la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 09 de septiembre 2010 los Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y De Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas¹¹² mediante el cual establece un artículo Octavo inciso c) y d) dentro del capítulo segundo de los lineamientos referidos que consideramos que los mismos vulneran los derechos humanos de mi representada.

¹¹² Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y De Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas Consultable en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5158517&fecha=09/09/2010

Para mayor claridad se insertan los preceptos reclamados de dicho acuerdo.

“

SECCIÓN SEGUNDA

CONTRATACIÓN DE ADQUISICIONES Y ARRENDAMIENTOS DE BIENES MUEBLES

OCTAVO.- En los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes muebles, la convocante deberá asignar la puntuación o unidades porcentuales de conformidad con lo siguiente:

I. La puntuación o unidades porcentuales a obtener en la propuesta técnica para ser considerada solvente y, por tanto, no ser desechada, será de cuando menos 37.5 de los 50 máximos que se pueden obtener en su evaluación.

En la propuesta técnica los rubros a considerar serán:

a)...

b)...

c) Experiencia y especialidad del licitante. En la experiencia se tomará en cuenta el tiempo en que el licitante ha suministrado a cualquier persona bienes de la misma naturaleza de los que son objeto del procedimiento de contratación de que se trate, sin que la convocante pueda solicitar una experiencia superior a diez años.

En la especialidad deberá valorarse si los bienes que ha venido suministrando el licitante, corresponden a las características específicas y a los volúmenes y condiciones similares a los requeridos por la convocante.

La acreditación de este rubro podrá realizarse con los contratos o cualquier otro documento que, a consideración de la convocante, permita que el licitante compruebe que ha suministrado bienes en los términos señalados en los párrafos anteriores de este inciso. Para ello, la convocante deberá requerir a los licitantes un mínimo de contratos o documentos a presentar, que hayan suscrito o tengan adjudicados con anterioridad a la fecha de la convocatoria o invitación; asimismo, podrá establecer un tiempo mínimo de experiencia en los términos que prevé el Reglamento de la Ley de Adquisiciones, y

d) Cumplimiento de contratos. Se ocupa de medir el desempeño o cumplimiento que ha tenido el licitante en la entrega oportuna y adecuada de los bienes de la misma naturaleza objeto del procedimiento de contratación de que se trate, que hubieren sido adquiridos por alguna dependencia, entidad o cualquier otra persona en el plazo que determine la convocante, el cual no podrá ser superior a diez años.

Para acreditar este rubro, la convocante requerirá a los licitantes los contratos relativos a los bienes de la misma naturaleza entregados con anterioridad, así como respecto de cada uno de ellos el documento en el que conste la cancelación de la garantía de cumplimiento correspondiente, la manifestación expresa de la contratante sobre el cumplimiento total de las obligaciones contractuales o cualquier otro documento con el que se corrobore dicho cumplimiento.

En el caso de que la convocante establezca un tiempo mínimo de experiencia de los licitantes, deberá solicitar la acreditación del cumplimiento con los contratos suscritos sobre el mismo objeto. La convocante establecerá en la convocatoria o invitación el número de contratos que los licitantes deban presentar para el periodo que se haya determinado, el cual será de por lo menos un contrato por cada año de experiencia que se hubiere establecido o bien un contrato plurianual que cubra el período solicitado.

Los contratos cumplidos podrán ser los correspondientes a los presentados por el licitante para acreditar el rubro señalado en el inciso c) de esta fracción.....”

De lo anterior tenemos que los lineamientos referidos, limitan enormemente la competencia y libre concurrencia y son subjetivos, puesto que tan solo en los mismos establecen:

(i) La necesidad de tener acreditar la experiencia en la prestación de servicios o venta de productor de la **misma naturaleza** de los que son objeto de licitación, es decir si una persona se decida por ejemplo al arrendamiento de copadoras o impresores, no podría contratar puesto que exige que la contratación sea de la misma naturaleza.

(ii) Le otorga a las convocantes la posibilidad de poder exigir que la experiencia sea acreditada **hasta por 10 años**, por tanto todas aquellas personas que no hayan cumplido con una antigüedad de 10 años limita el acceso a la posibilidad de la venta.

Cabe destacar que dicho lineamiento establece dicho parámetro, por tanto las autoridades convocantes lo deben respetar y de los 10 años hacia abajo establecer los años de experiencia que se deba de contar, lo cual en el presente asunto estableció 8 años cuando menos.

Al respecto desde este momento nos preguntamos el ¿por que será necesario que sean 10 años, y no pudo haber requerido 7, 6, 5, 4, 3, 2 años?

De igual forma la experiencia no necesariamente tiene que estar vinculada con el cumplimiento del contrato, puesto que se destaca que según la legislación aplicable los contratados se garantizan según lo establece el artículo 48 fracción II de Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

(iii) Exige que la experiencia corresponda a características específicas y a volúmenes y condiciones similares (Nota: la convocatoria va mas allá ya que exige que sean IGUALES), por tanto cualquier empresa de reciente creación estaría limitada a participar.

Por otra parte, también es sumamente subjetivo y limitante el hecho de que tengan que acreditarse por *“características específicas y a los volúmenes y condiciones similares”* lo cual desde luego limita a todas aquellas personas que hayan suministrado dichos servicios a la alta (mas) o a la baja (menos) a lo que establece estos lineamientos que además, en nada sirve para garantizar que se cuente con la experiencia a efecto de cumplir el contrato.

(iv) Mínimo de contratos.- Al respecto consideramos de igual forma irregular ese requisito puesto que es dable manifestar que si bien en el sector público se exigen por regla general la suscripción de contratos a efecto de formalizar los suministros

de bienes, sin embargo también es dable manifestar que la legislación también permite que se realicen pedidos mediante ordenes de compra, li mismo pasa en la iniciativa privada que es rara la ocasión en que se celebran contratos de suministro de este tipo de bienes puesto que solo se solicita o se factura y con esto se formalizan las operaciones.

(v) Así mismo en lo que hace al su rubro de cumplimiento de contratos el lineamiento exige que los participantes acrediten de igual forma que en el punto (ii) sin embargo aquí exige que sean liberador por la administración publica y el mismo limite de **hasta por 10 años**, por tanto todas aquellas personas que no hayan cumplido con contratos liberados 10 años limita el acceso a la posibilidad de la venta.

Cabe destacar que dicho lineamiento establece dicho parámetro, por tanto las autoridades convocantes lo deben respetar y de los 10 años hacia abajo establecer los años de experiencia que se deba de contar, lo cual en el presente asunto estableció 8 años cuando menos.

Al respecto desde este momento nos preguntamos el ¿por que será necesario que sean 10 años, y no pudo haber requerido 7, 6, 5, 4, 3, 2 años? De igual forma es válido preguntarse ¿Por qué tienen que ser los contratos liberados por la administración pública y no con el sector privado? Lo anterior considerando que desde luego existe mayor venta en el sector privado que lo que hace a las contrataciones públicas.

En este sentido consideramos que dicho lineamiento resulta ser a todas luces inconstitucional e inconvencional puesto que lejos de ser acorde a la constitución y convenios internacionales genera lo contrario que establecen los mismos que es una menor competencia, ineficacia e ineficiencia en el ejercicio de los recursos públicos, y sobre todo **genera limitantes para el acceso a la posibilidad de venderle al gobierno ya previamente señalados como requisitos subjetivos**, incumpliendo lo previsto en el artículo 134 constitucional puesto que el fallo hoy

impugnado es contrario a los principios de equidad, eficacia, eficiencia y competencia pero sobre todo objetividad.

A mayor abundamiento y por analogía resulta aplicable la siguiente tesis¹¹³ de Jurisprudencia.

“ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS. El citado precepto protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, que si bien, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto para las contrataciones de obras públicas y servicios, o bien, para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, ***bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones,*** también comprenden las enajenaciones de todo tipo de bienes bajo los mismos principios y fines. Ahora bien, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de entregarse a cambio de un precio, el espectro radioeléctrico, por ser un bien de esa naturaleza que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto del género enajenaciones, conjuntamente con los establecidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental. Además, toda vez que la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación, porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados, **los principios del indicado artículo 134 deben relacionarse también, y preferentemente, con todas las disposiciones que consagran esos derechos fundamentales.**”

¹¹³ Tesis P./J. 72/2007 Registro: 170758, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. P 986.

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Mayoría de ocho votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarias: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 72/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

Es decir, según el dispositivo en comento, las dependencias convocantes, al emitir sus convocatorias lo deben de realizar si bien considerando requisitos, sin embargo los mismos no deben de tener características subjetivas, que en nada garanticen el cumplimiento del contrato puesto que consideramos en particular que el tener 8 contratos (como lo establece la convocatoria de licitación) así como los diversos requisitos subjetivos manifestados, que vulnera los derechos humanos establecidos en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a la libertad de trabajo pero sobre todo la libertad de comercio, ya que hace que quienes realicen una propuesta económica lo tendrán que realizar contraria a la libertad de determinar sus propios precios, lo que a su vez resulta contrario establecidos los numerales 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a la garantía de competitividad y competencia; así como el artículo 28 de la Constitución Política que establecen los derechos humanos de la libre competencia, la libertad comercial, el derecho humano al progreso económico, así como la libre concurrencia.

Ahora bien, según lo establecen los dispositivos 25, 26, y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano, nuestro país establece diversos derechos humanos en materia económica, en los cuales se establece la libre competencia y

competitividad, esto al amparo de la competitividad, lo que hace que el crecimiento económico de nuestro país se incentive creando desde luego nuevas y mejores oportunidades de trabajo y empleo que se realizan a través de competencias entre el mercado de nuestro país.

Es decir, nuestro país se encuentra constituido a base de la **LIBRE COMPETENCIA** lo cual quiere decir que la administración debe garantizar que ninguna Empresa realice prácticas con objeto de desestabilizar a sus competidoras, y así dominar el Mercado debido a su mayor tamaño y a su posible influencia sobre los poderes públicos.

Por su parte la **LIBRE CONCURRENCIA**, entendemos a la regulación y garantías que existen con el objeto de que los oferentes y demandantes de Bienes y servicios pueden concurrir libremente a la fijación de los Precios en base a la libertad de juego de la Oferta y la Demanda.

Así el artículo 25 de nuestro Código Político, establece que el régimen político de la Nación será democrático y que mediante la competitividad se fomentará el crecimiento económico. A mayor abundamiento se transcribe el referido numeral.

“Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del **desarrollo nacional** para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, **mediante la competitividad**, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. **La competitividad se entenderá como el**

conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.”

Por su parte el artículo 26 de nuestra Carta Magna establece que el sistema de planeación democrática de nuestro país será desde luego la competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía.

Se transcribe dicho numeral:

“Artículo 26.

B. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, **competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.**”

Por último, dentro del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece **la prohibición expresa** a cualquier acto que **eviten la libre concurrencia o la competencia entre los comerciantes o empresarios generales**, es decir, con dicha prohibición fomenta desde luego la competitividad en beneficio de los mexicanos, para el efecto de que a través de esta, se tengan mas y mejores oportunidades a fin de recibir un servicio con mayor calidad y a un mejor precio.

“Artículo 28. *En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.*

*En consecuencia, **la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto***

obtener el alza de los precios; **todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.**

Las leyes fijarán bases para que se **señalen precios máximos a los artículos, materias o productos** que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.”

Del anterior dispositivo, se puede destacar que la Constitución prohíbe claramente cualquier procedimiento que de cualquier manera hagan para evitar la libre competencia o la competencia entre sí o para obligar a consumidores a pagar precios exagerados. O bien lo que constituya una ventaja exclusiva indebida para una o varias personas, como es el caso de los requisitos subjetivos referidos con anterioridad y que a continuación se reproducen a manera de síntesis.

Vulnera las garantías económicas establecidas en los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que los lineamientos evidente que limitan la libertad de competencia, misma que además se encuentra regulada como un requisito dentro de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 9 apartado 1 que establece como un principio medida

NECESARIA la competencia y criterios objetivos para realizar las contrataciones públicas.

Criterio similar ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante tesis de Jurisprudencia¹¹⁴ que al caso conviene analizar de la siguiente manera:

“EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD PARA EL ABASTO PÚBLICO. EL DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA UNA NORMA “29 MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE EQUIDAD Y COMPETITIVIDAD PARA EL ABASTO PÚBLICO”, A LOS PROGRAMAS DELEGACIONALES Y PARCIALES DE DESARROLLO URBANO DEL DISTRITO FEDERAL QUE SE INDICAN, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 20 DE MAYO DE 2011, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La norma citada limita la ubicación de nuevos establecimientos mercantiles con el sistema de autoservicio dedicados a la venta de productos de primera necesidad que sólo podrán instalarse en la zonas geográficas habitacional mixto (HM) y predios con frente a vías públicas en los que sea aplicable alguna "norma de ordenación sobre vialidad" que otorgue la zonificación referida, mientras que las tiendas de abarrotes y misceláneas que comercialicen dichos productos podrán situarse en las zonas prohibidas para aquéllos lo que inhibe la libre competencia y competencia, pues desplaza a los primeros de las zonas permitidas para las segundas, con la consecuencia lógica de que éstas dominarán el mercado, por la influencia que tendrán sobre los precios de los productos mencionados, en razón de la exclusividad geográfica que las beneficia, además de que se dificultará su comercialización. Por tanto, toda vez que la Ley Suprema prevé que los consumidores tienen derecho a acceder a **la más amplia oferta de los productos indicados** para determinar los que, por **su precio, calidad y ubicación, les resulten más accesibles y convenientes**, el decreto por el que se adiciona la norma referida en el subtítulo, transgrede el artículo 28 constitucional, por ser contrario al eje rector económico que prohíbe cualquier práctica monopólica que impida la libre competencia y competencia, con el consecuente perjuicio para la población en general.”

¹¹⁴ Tesis P./J. 5/2014, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 2014.

Acción de inconstitucionalidad 14/2011. Procuradora General de la República. 24 de junio de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, **José Ramón Cossío Díaz**, **Margarita Beatriz Luna Ramos**, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza; votó en contra: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

Al respecto, el pleno de la Suprema Corte ha establecido en dos ocasiones que el limitar la competencia de diversos entes lo hace en contravención de los derechos humanos establecidos en los numerales ya previamente invocados que a continuación nos permitimos citar:

Al caso resulta aplicable por analogía la Jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁵ P./J. 74/2007 que indica lo siguiente:

“RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 17-G DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN, AL ESTABLECER QUE LA COMISIÓN FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES VALORARÁ, PARA DEFINIR EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN, EL RESULTADO DE LA LICITACIÓN A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA, ES INCONSTITUCIONAL. El citado precepto al establecer que para definir el otorgamiento de la concesión respectiva la Comisión Federal de Telecomunicaciones valorará la congruencia entre el programa a que se refiere el artículo 17-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, esto es, el programa de concesionamiento de frecuencias de radiodifusión que debe publicar la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en el Diario Oficial de la Federación, y los fines expresados por los interesados para utilizar la frecuencia en la prestación del servicio de radiodifusión, así como el resultado de la licitación a través de subasta pública, lo que propicia que el factor determinante para definir al triunfador sea meramente económico, viola el principio igualdad contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **así como los artículos 6o., 27 y 28 constitucionales**, toda vez que ese sistema privilegia a los participantes con

¹¹⁵ 38. Tesis P./J. 74/2007, Registro digital 170634, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

mayores recursos económicos, lo que lejos de contribuir a aminorar las desigualdades sociales las propicia, demeritando la trascendental función social de la radio y televisión abierta como instrumentos clave para satisfacer derechos subjetivos fundamentales, concretamente los de libre expresión y de información, **además de favorecer el acaparamiento de los medios de comunicación masiva por grupos económicamente poderosos, impidiendo la libre competencia y concurrencia en el sector y obstaculizando con ello el desarrollo integral, plural y democrático de la sociedad mexicana.**

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Unanimidad de nueve votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer MacGregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 74/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

Asimismo resulta aplicable por analogía la Jurisprudencia ¹¹⁶: P./J. 76/que sostiene lo siguiente:

“RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE RADIO Y TELEVISIÓN ES INCONSTITUCIONAL, PORQUE OTORGA A LOS CONCESIONARIOS PRIVILEGIOS INJUSTIFICADOS. El citado precepto, al establecer que los concesionarios en materia de radiodifusión que deseen prestar servicios de telecomunicaciones adicionales a ellos a través de las bandas de frecuencia concesionadas deberán presentar solicitud a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la que podrá requerir el pago de una contraprestación, así como que en el acto en que se autoricen los servicios de telecomunicaciones se otorgará título de concesión para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, el que sustituirá la concesión en materia de radiodifusión, **viola los artículos 1o., 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, porque otorga a los concesionarios en materia de radiodifusión un trato privilegiado

¹¹⁶ 39. Tesis P./J. 76/2007, Registro 170633, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

en relación con los permisionarios de los mismos servicios, con los concesionarios de servicios de telecomunicaciones (bandas de frecuencia para usos determinados) y respecto de cualquier nuevo interesado en obtener una concesión para prestar servicios de telecomunicaciones, es decir, los relativos a bandas de frecuencia para usos determinados, ya que los primeros no tendrán que sujetarse al procedimiento de licitación pública previsto en la Ley Federal de Telecomunicaciones, ni cubrirán necesariamente al Estado una contraprestación. Además, ***la distinción de trato no se apoya en una base objetiva y razonable que la justifique, sino que se traduce en una significativa barrera a la entrada a este mercado, de carácter tanto regulatorio como económico, que evidentemente obstaculiza la libre competencia y propicia las prácticas monopólicas de los agentes que pretendan hacer uso del poder sustancial que tienen en el sector de la radiodifusión.***”

Acción de inconstitucionalidad 26/2006. Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. 7 de junio de 2007. Unanimidad de nueve votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Impedido: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarías: Andrea Zambrana Castañeda, Lourdes Ferrer MacGregor Poisot y María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 76/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de octubre de dos mil siete.

10. FUENTES DE INFORMACIÓN (RELACIÓN DE FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, HEMEROGRÁFICAS, LEGISLATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y ELECTRÓNICAS QUE SERVIRÁN DE BASE PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN).

A. BIBLIOGRÁFICAS

1. ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Comentarios al artículo 134 constitucional, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, en su septuagésimo quinto aniversario, serie A, fuentes, b) Textos y Estudios

Legislativos, núm 59, Rectoría México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.

2. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Editorial Heliasra, 1983.
3. CASTILLO VELASCO, José María del, Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano, México Castillo Velasco e hijos, 1875.
4. DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel, Compendio de derecho administrativo, 4ª. Ed., México, Editorial Porrúa, 2000, p 322.
5. DROMI, José Roberto, El procedimiento administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986.
6. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, Teoría y praxis de la contratación administrativa, El caso del Estado de Guerrero, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
7. FRAGA GABINO, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 1984.
8. GONZALEZ COSSIO. Francisco, Historia de las obras públicas en México, Secretaría de Obras Públicas 1973,
9. OECD, Principles for Integrity in Public Procurement, OECD Publishing, 2009, pp 21-46
10. PARADA, Ramón, Derecho administrativo, 2a ed. Madrid, Marcial Pons, 1900, p 217
11. RAMOS TORRES, Daniel, *Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente y la jurisprudencia*, México, Escuela Nacional de Administración Pública, S.C., 2004, p. 89.
12. RAMIREZ GÓMEZ, Maria Laura, Modelo de Contratación Pública 3.0. México Editorial Porrúa, 2017, páginas 120,121
13. Ramos Torres, Daniel, *Licitación pública en el marco de la doctrina de los contratos administrativos, su legislación vigente, y la jurisprudencia*, México, Escuela Nacional de Administración Pública, 2004.

14. Sanchez Calero, Fernando, Instituciones de derecho mercantil, Madrid, McGraw-Hill. 1997.
15. LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
16. Lucero Espinosa, Manuel, La licitación pública, 2ª ed actualizada, México, Editorial Porrá, 2002.
17. MARTINEZ MORALES, Rafael I, Derecho administrativo, Diccionarios jurídicos temáticos, 2ª. ed., México, Oxford, 2000, t 3.
18. MANZANO ORTEGA, Rafael Alejandro, La licitación pública y otros medios para la contratación administrativa en el marco del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
19. Moreno Molina José Antonio, Punzón Moraleda Jesús, Puerta Seguido Francisco, Ramos Perez -Olivares Alfredo, Derecho de la Contratación Pública, Análisis de la preparación y adjudicación de los contratos, Grijley, España p. 631.
20. SÁNCHEZ DE LA MORA, Ana Cristina. "La Licitación Pública" Universidad Panamericana.
21. SAYAGUES LASO, Enrique, "La violación de los principios jurídicos que regulan las licitaciones públicas (nota de jurisprudencia) Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, año 48, núm 1, enero, 1950.
22. SERRANO RODRIGUEZ, Carlos Eduardo, La contratación administrativa, San José de Costa Rica, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991, p 38.
23. Valle Figueiredo, Lucia, "Licitación y administración indirecta", Revista de Derecho Público, Santiago de Chile, núms 25-26, enero-diciembre, 1979.
24. Witker Velásquez, Jorge Alberto y Varela, Angélica, Derecho de la competencia económica en México, Universidad Autónoma de México
25. Witker, Jorge, Prácticas desleales y prácticas restrictivas, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia en México, UNAM, P 142.

B. ELECTRÓNICAS

26. Comisión Federal de Competencia Económica COFECE, Recomendaciones de la Contratación Pública, Mayo 2016 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/RecomendacionesContratacionPublica-v2.pdf>
27. Secretaría de Hacienda y Crédito Público SHCP. (2014). Estado del Ejercicio del Presupuesto de Egresos por Capítulos de Gasto. Disponible en: <http://finanzaspublicas.hacienda.gob.mx/work/models/CP/2014/tomo/II/C02.03.GFEEPECG.pdf>.
28. Información tomada de la página oficial de la Cámara de Diputados. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm> Consulta realizada el 23 de enero de 2021.
29. Información tomada de la página oficial de la Cámara de Diputados. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopsrm.htm> Consulta realizada el 23 de enero de 2021.
30. Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y De Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas Consultable en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5158517&fecha=09/09/2010
31. RABASA, Emilio, *El pensamiento político y social del constituyente de 1916-1917*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 274. Versión digitalizada, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/594/19.pdf>. Consulta realizada el día 16 de agosto de 2010.
32. OCDE. (2015). Government at a Glance. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/4215081e.pdf?expires=1459713597&id=id&accname=guest&checksum=70501947B6A7C80D53A1AF003D4BFE39>
33. OCDE. (2010). Roundtable on collusion and corruption in public procurement. Pp. 205. OCDE. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>

C. DICCIONARIOS

34. Real Academia Española, página de internet: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=licitaci%F3n. Consulta realizada el 31 de diciembre de 2010.
35. El significado en español del latín “hasta” es lanza. <http://www.didacterion.com/esddl.php>. Consulta realizada el 18 de enero de 2012

D. TESIS

36. Tesis Jurisprudencia P./J. 72/2007; Semanario Judicial de la Federación, Novena época Diciembre de 2007; México Registro: 170758.
37. Tesis 2a. CIII/2003 Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto 2003. Registro digital 183487.Mexico.
38. Tesis con registro digital 216098, Novena Época, Semanario judicial de la Federación. México.
39. Tesis I. 3o. A. 572 A, con registro digital 210243, Octava época, Semanario Judicial de la Federación. México.
40. Tesis P./J. 72/2007 Registro: 170758, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. México.
41. Tesis P./J. 5/2014, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. 2014. México
42. Tesis P./J. 74/2007, Registro digital 170634, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. México.
43. Tesis P./J. 76/2007, Registro 170633, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. México.

E. LEGISLATIVAS

Internacionales.

44. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
45. Convención Interamericana contra la Corrupción.

Nacionales

46. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
47. Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria
48. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
49. Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
50. Decreto siete de julio de dos mil cinco que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

