

247



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

“IMPLICACIONES JURIDICAS EN EL OTORGAMIENTO DE GARANTIAS A FAVOR DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACION PUBLICA”.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA : LILIÁN LIRA PÉREZ

780009

ASESOR : LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS



SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO.

2000



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*El poder y la ley no son sinónimos. La verdad es que con frecuencia se encuentran en irreductible oposición. Hay la Ley de Dios de la cual proceden todas las leyes equitativas de los hombres y a la cual deben éstos ajustarse si no quieren morir en la opresión, el caos y la desesperación. Divorcado de la Ley eterna e inmutable de Dios, establecida mucho antes de la fundición de los soles, el poder del hombre es perverso, no importa con qué nobles palabras sea empleado o los motivos aducidos cuando se imponga.*

*Los hombres de buena voluntad, atentos por tanto a la Ley dictada por Dios, se opondrán a los gobiernos regidos por los hombres y si desean sobrevivir como nación, destruirán al gobierno que intente administrar justicia según el capricho o poder de jueces venales.*

**CICERÓN.**

## **DEDICATORIAS**

### **A DIOS:**

*Por el milagro de la vida.  
Nunca me cansaré de agradecer sus  
bendiciones cotidianas.  
Señor, en tus manos confío  
todo mi ser.*

### **A MIS PADRES:**

*A quienes además de la vida, les debo todo lo  
que soy.  
Mil gracias, por su incondicional amor y apoyo,  
pero sobre todo, gracias por su confianza en este  
gran anhelo.  
Dios los bendiga siempre. Los amo.*

### **A CÉSAR:**

*Mi esposo y gran compañero,  
porque su inmenso amor,  
paciencia y comprensión, han permitido trazar  
el camino que recorreremos juntos.  
Gracias por hacer realidad todos mis sueños.  
Te amo.*

### **A MIS HERMANOS:**

*Por el gran cariño que nos une.  
Con mi inesfable deseo de que siempre sean felices.  
Los quiero mucho.*

## **A MIS SUEGROS:**

*Con sincero agradecimiento a sus grandes  
muestras de apoyo y comprensión que me  
han hecho sentir como una hija más.  
Con todo mi cariño, gracias.*

## **A MI ALMA MATER:**

*Por brindarme los conocimientos que  
forjarán mi futuro; siempre me sentiré  
inmensamente orgullosa de formar parte  
de la U.N.A.M.*

## **AGRADECIMIENTO**

*Debo reconocer cumplidamente mi deuda con el  
Licenciado JUAN JESUS JUÁREZ  
ROJAS, por el tiempo y esfuerzo empleados en  
la supervisión de este trabajo. Fue un privilegio  
tenerlo como Asesor.*

*Reciba mi más sincero reconocimiento y respeto.*

**LILIÁN.**

**"IMPLICACIONES JURIDICAS EN EL OTORGAMIENTO DE GARANTIAS  
A FAVOR DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS  
DE LICITACION PUBLICA"**

**INDICE**

**INTRODUCCIÓN**

**CAPITULO PRIMERO  
ANTECEDENTES**

1.1.	Evolución Histórica en Francia	1
1.2.	Origen de la Descentralización Administrativa	7
1.3.	Derecho Comparado	9
1.4.	Evolución Histórica en México	11

**CAPITULO SEGUNDO  
MARCO LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA  
DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS**

2.1.	Constitucionalidad de los Organismos Descentralizados	15
2.2.	Creación de los Organismos Descentralizados	18
2.3.	Concepto de Descentralización Administrativa	19
2.4.	Características de los Organismos Descentralizados	21
2.5.	Control y Vigilancia del Estado sobre los Organismos Descentralizados	29
2.5.1.	La Coordinación del Sector Paraestatal a partir de 1977	31
2.5.2.	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	32
2.5.3.	Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal	33
2.5.4.	Ley de Adquisiciones y Obras Públicas	34
2.5.5.	Ley General de Bienes Nacionales	35
2.5.6.	Ley Federal de las Entidades Paraestatales	37
2.5.7.	Acuerdo de Reforma Administrativa	37

**CAPITULO TERCERO  
LA LICITACIÓN PUBLICA COMO ELEMENTO  
ESENCIAL EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

3.1.	Concepto de Licitación Pública	39
3.2.	Naturaleza Jurídica	43
3.3.	Fines de la Licitación	43
3.4.	Principios Jurídicos de la Licitación	45
3.5.	Marco Legal	48
3.6.	Etapas del Procedimiento de la Licitación Pública	50
3.7.	Estudios sobre la Licitación Pública en la Legislación Argentina	72
3.8.	Vicios de la Licitación Pública	87
3.9.	Protección Jurídica al Licitador	95

**CAPITULO CUARTO**  
**OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS A FAVOR**  
**DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS**  
**E IMPLICACIONES JURÍDICAS EN SU RECLAMACIÓN**

4.1.	Forma de garantizar el cumplimiento de obligaciones a favor de los <i>Organismos</i> Descentralizados	99
	4.1.1. De la Fianza	99
	4.1.2. Del Cheque Cruzado	117
4.2.	La Fianza como medio idóneo de garantía en los actos o contratos derivados de una <i>Licitación Pública</i>	120
4.3.	Fundamento legal para el otorgamiento de fianzas a favor de los <i>Organismos</i> Descentralizados	125
4.4.	Ineficacia en la <i>aplicación del artículo 95</i> de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en los Procedimientos de reclamación promovidos por los <i>Organismos</i> Descentralizados	127
4.5.	Propuesta de reformas legales por cuanto a la <i>aplicación</i> y reconocimiento de la capacidad legal de los <i>Organismos</i> Descentralizados para iniciar procedimientos de reclamación de <i>fianzas como medios</i> de garantía	133

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCION

La descentralización administrativa, tuvo su origen y desarrollo en Francia a través de un establecimiento público descentralizado que obedecía a la necesidad práctica de atender un servicio público con personal técnico especializado y con independencia en su presupuesto, de tal forma que las necesidades económicas del servicio fueran flexibles.

La descentralización administrativa propiamente hablando, surge precisamente de la necesidad de imprimirle dinamismo a ciertas decisiones gubernamentales, mediante el ahorro de acciones del Estado que impliquen el ejercicio del poder jerárquico.

La noción de descentralización debe ser concebida como un concepto teórico concerniente a toda organización estructurada. Entraña un principio de organización en el que la esencia técnica y jurídica que no puede más que consistir en la repartición de funciones, las más importantes, entre los diversos escalones de la jerarquía del organismo de que se trata.

En Francia el proceso descentralizador se llevó a cabo hasta la década pasada y difiere mucho de México, puesto que desde nuestras primeras Constituciones tenemos que existen tres órganos político-administrativos de gobierno: El federal, el local y el municipal; entre ellos no existe relación jerárquica en el sentido administrativo.

En nuestro país, teórica y formalmente, como es de apreciarse en la Constitución



Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades locales son electas por sufragio universal, lo que representa el reconocimiento de la democracia.

En sentido estricto, la descentralización administrativa existe cuando se crean organismos con personalidad jurídica propia, mediante disposiciones legislativas, que permiten realizar una actividad que compete al Estado o que es de interés público.

En México, es hasta el 18 de noviembre de 1942, fecha en la que se reforma la fracción XXXI del artículo 123 Constitucional, cuando se hace el reconocimiento expreso de los organismos descentralizados.

Cabe mencionar que los organismos descentralizados, los desconcentrados, las sociedades mercantiles del Estado o cualquier otra forma de organización administrativa, tenían su base constitucional en los artículos 93 párrafos 2º y 3º; y 28, relativos a los monopolios o actividades del Estado concernientes a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos, radiotelegrafía y a la emisión de billetes por medio de un solo banco central controlado por el Gobierno Federal.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe un artículo que otorgue facultad expresa al Presidente de la República para crear por decreto, personas jurídicas de Derecho Público.

Sobre este particular, es unánime la doctrina en el sentido de que la creación de organismos descentralizados por decreto del Ejecutivo resultaría al margen de la Constitución, sobre todo cuando a través de ese decreto se les otorga personalidad jurídica,

patrimonio y competencia.

En la creación de organismos descentralizados administrativos, el Estado puede recurrir a figuras de derecho público y privado. Según las leyes mexicanas en el primer caso estaríamos ante organismos descentralizados y en el segundo ante empresas de participación estatal, incluyendo a las sociedades mercantiles, cooperativas y civiles, asociaciones civiles, sociedades nacionales de crédito, aseguradoras y afianzadoras nacionales de crédito en las cuales participe el Estado.

La mayoría de los organismos descentralizados desarrollan una actividad político-administrativa, como también lo hacen los funcionarios que los integran, ya que sus nombramientos son hechos por el Ejecutivo Federal directamente o a través de las coordinadoras de sector, según se desprende de los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Uno de los aspectos relacionados con la descentralización, y más concretamente con la empresa pública es el que se refiere al control que el Estado ejerce sobre éstos.

En diversos países existen controles de tipo parlamentario o judicial sobre las paraestatales. En México, dichos tipos se dan de manera indirecta o aislada. Dicho control es el llamado tutela administrativa, y es aquél que los órganos centrales ejercen sobre las paraestatales. Ese control administrativo persigue que los órganos dependientes indirectos del Poder Ejecutivo realicen sus tareas de manera adecuada, que cumplan los cometidos para los cuales fueron creados, que lleven a cabo su actividad de manera eficiente y que exista un honrado manejo de patrimonio.

El control único de las paraestatales fue complementado en 1977 con la llamada sectorización, establecida por la referida Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; con su entrada en vigor el 1º de enero del mismo año, introdujo en el derecho positivo mexicano el sistema de control conocido como sectorización. En este sistema, el Presidente agrupa de manera discrecional a las entidades paraestatales bajo la coordinación de una Secretaría de Estado o de un departamento administrativo, a efecto de que los mismos vigilen los programas y resultados y acuerden con el propio Jefe del Ejecutivo.

Otro aspecto además de precisar la naturaleza jurídica de los organismos descentralizados y que será materia de estudio en el presente trabajo, lo constituye la figura de la licitación pública, entendiéndose por ésta, el procedimiento legal y técnico que le permite a la Administración Pública conocer quienes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios o realizar obras.

En este apartado podrá apreciarse como en nuestra legislación el término licitación ha sido utilizado de manera confusa puesto que se le asocia como sinónimo de "concurso" o "subasta", lo que resulta inapropiado desde el punto de vista jurídico.

Es cierto que tanto la licitación, el concurso y la subasta tienen en común la existencia de una concurrencia u oposición de oferentes que tienen interés en que se les adjudique un contrato pero constituyen figuras jurídicas, incluso de acepciones completamente diferentes.

Durante el desarrollo de este tema se abundará acerca del estudio que la legislación argentina realiza, teniendo como propósito comparar las grandes similitudes relacionadas con esta materia y que existen entre estos dos países latinoamericanos.

En otro orden de ideas, y a efecto de entrar en materia, después de haber analizado parte medular de esta investigación, abordaremos el tema de las garantías que se otorgan dentro de los procedimientos de licitación pública y cuáles son las implicaciones legales de aquellas que se otorgan a favor de los organismos descentralizados, a quienes como personas jurídicas colectivas de derecho público, se les atribuyen características de régimen o patrimonio propio, así como de personalidad jurídica propia, distinta de la del Estados; por ende es importante destacar que aún cuando la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, señala que en los procedimientos de licitación pública podrá admitirse el cheque cruzado, existen disposiciones expresas relativas al presupuesto y ejercicio del gasto público, que prevén como único medio de garantía a la Fianza, que es "un contrato por virtud del cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación en caso de que el deudor no lo hiciere".

En este sentido, en el presente trabajo será materia de particular estudio este contrato mercantil, así como el procedimiento para hacer exigible el pago a cargo de las instituciones afianzadoras que garantizan por este medio el cumplimiento de obligaciones en favor de organismos descentralizados, denotando que existe una ineficacia en la aplicación del procedimiento estipulado en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, partiendo del criterio del reconocimiento implícito de las características que les son atribuidas a dichos organismos, quienes al ser investidos de una personalidad jurídica distinta de la del Estado, son excluidos de la Federación, en los procedimientos para hacer exigible una fianza

## **CAPITULO PRIMERO**

### **ANTECEDENTES**

## 1.1 Evolución Histórica en Francia

Desde finales del siglo pasado se ha manejado el concepto de descentralización y no obstante los estudios que en el presente siglo se han hecho de esa forma o técnico de cuestión política por un lado y administrativas por el otro; aún existen serias confusiones para precisar este tópico, pues como veremos en el presente estudio, se confunde con frecuencia la descentralización política, con la descentralización que pudiéramos llamar estrictamente administrativa; como estos fenómenos sociales y sus consecuencias políticas y administrativas han surgido en gran parte de la práctica del estado Francés y de la doctrina Francesa y a efecto de presentar una perspectiva histórica de la evolución del concepto de descentralización política, se considera conveniente hacer buen desarrollo de cómo evolucionó en el mencionado país a partir de la evolución francesa y hasta nuestros días.<sup>1</sup>

En Francia las aspiraciones para la descentralización política, se remontan a más de dos siglos de historia, y son resultado de la centralización del gobierno que ha sido característica sobresaliente en la historia del Estado francés tanto en las monarquías, como en las sucesivas Repúblicas, hasta la actual, que se conoce como la quinta.

La monarquía absolutista anterior a la revolución francesa, fue estableciendo por siglos, un sistema centralizado de poder para ir eliminando poco a poco el poder de los señores feudales, de los varones, duques y príncipes de la aristocracia de las diversas regiones que fueron integrando el territorio de Francia a través de siglos y de esta manera obtener la unidad del país

La Revolución de 1787, inspirada por la Asamblea Constituyente significó el fin de esa práctica de centralizar el poder, e inauguró una tendencia política de descentralización.<sup>2</sup>

La Revolución de 1789 estableció un nuevo orden en el sistema de gobierno y trató de unificarlo y homogenizarlo con la intención de modificar las complejas divisiones administrativas de la monarquía, se estableció una nueva división territorial que más o menos perdura hasta nuestros días, el país fue dividido en departamentos, los departamentos en distritos, los distritos en cantones y los cantones en comunas.<sup>3</sup>

El primer imperio (Napoleón I) hizo dos contribuciones importantes al sistema administrativo: introdujo el principio de la centralización y el gobierno de estructuras a través de varias autoridades públicas.

Fue la ley del 28 pluvioso del año VIII (de la revolución) la que señala la composición de los cuerpos públicos, el principio que se estableció en este campo fue el de la yuxtaposición de una asamblea y su gente, éste último lleva a cabo las decisiones de la asamblea. Fue Sieyès el que formuló el principio expresando:

"Para deliberar deben reunirse varias personas, pero para ejecutar sólo una".

Se encuentra este principio en cada tipo de estructura territorial. En la comuna (municipio) el consejo municipal es el cuerpo deliberativo y el presidente es el que ejecuta

---

<sup>2</sup> ACOSTA ROMERO Miguel Teoría General de Derecho Administrativo. 1er Curso, 12 Ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1995, Pág. 490

<sup>3</sup> Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel Op. Cit., pags. 495-500

<sup>4</sup> Idem

sus órdenes En los departamentos el Consejo General delibera y el prefecto es el agente ejecutivo

La legislación promulgada durante el año VIII también estableció un sistema de Administración centralizada. Todas las autoridades administrativas eran (y son) nombradas designadas por el gobierno central y no guardan respecto de éste ninguna autonomía.

El gobierno central retiene el poder sobre toda la jerarquía de las autoridades públicas regionales de tal manera que todas las actividades de estas autoridades están consistentemente supervisadas y contratadas por el gobierno central, el que dicta órdenes puede revocar decisiones tomadas por las autoridades de rango inferior y actúa en su lugar.

En la Comuna, tanto los miembros del consejo municipal (asamblea deliberativa) como un presidente eran nombrados por el jefe de gobierno (con el consejo del ministro inferior), en los departamentos los miembros de consejo general (cuerpo deliberativo) eran nombrados por el jefe de gobierno y el prefecto también era nombrado y removido por el jefe de gobierno, bajo la presencia de las ideas laborales, la excesiva centralización del primer imperio fue atemperada en épocas posteriores por una serie de reformas que de alguna manera introdujeron un aliento de descentralización, este movimiento de descentralización apareció en la monarquía de 1230-1848 y en la segunda república sin embargo no alcanzó resultados concretos sino hasta la tercera república (1871-1940).

La ley del 10 de agosto de 1871, referente a los departamentos y la del 5 de abril de 1884, relativa a las comunas (ayuntamiento) y municipios, introdujeron en el sistema francés algún principio de descentralización que en realidad fue un compromiso entre el



centralizar y la descentralización. La comuna a partir de esa fecha se convirtió en una autoridad pública descentralizada y el cuerpo deliberativo y su agente ejecutivo electos directamente por el pueblo, sin embargo continuaron sujetos a la supervisión del prefecto del departamento actuando como desechos de examinar y sustituir las decisiones de las autoridades municipales y por lo tanto la comuna y su órgano de gobierno se constituye en una autoridad local semidescentralizada.

En el departamento, de acuerdo con la ley del 10 de agosto de 1871 se prohibió que fuera electo por sufragio universal, el consejo general, sin embargo el prefecto continúa siendo designado por las autoridades centrales y tiene derecho de examinar todas las materias en las que actúa el consejo general.

La cuarta república (1946-1958) intentó un movimiento para descentralizar completamente a los departamentos aboliendo la oficina del prefecto, sin embargo este proyecto jamás fue aprobado y continuó el prefecto dependiendo de las autoridades centrales a partir de su nombramiento.

La Constitución de la quinta república (1958), no contiene ninguna disposición que favorezca la descentralización, su artículo 72 es el único que pudiera tener relevancia en esta materia, pues señala que las divisiones territoriales serán administradas por consejos electos bajo las condiciones que señale la ley.

Puede afirmarse que la Constitución de 1958 tiende más a favorecer al gobierno central que a desarrollar la autonomía local, sin embargo en las últimas décadas del siglo XX se ha desarrollado con ímpetu un movimiento, en favor de las aspiraciones de ciertos

sectores de la población francesa para buscar una mayor libertad local frente al sistema centralista de gobierno, el cual todavía ve con reticencia esas tendencias descentralizadas.

La ley del 5 de julio de 1972 proveyó las regiones de estatutos estableciendo consejos regionales y prefectos regionales estos últimos directamente responsables ante las autoridades centrales.

Una de las necesidades fundamentales que justifican la descentralización es la necesidad de obtener una nueva distribución del poder, para reducir la importancia de la autoridad central, e incrementar la de las autoridades locales, esto entraña un pluralismo político y también un principio de democracia para que las ciudades intervengan en el gobierno de las comunas, departamentos y regiones a través de la elección de sus autoridades

Los primeros veinte años de la quinta república en Francia mostraron que un gobierno central no era capaz de advertir las realidades económicas, sociales y culturales del país. los ministros de París no tenían conocimiento de los problemas locales y a veces producían soluciones que eran imposibles de aplicar. La descentralización política y administrativa parece ser la forma que bajo circunstancia específica promoverá el desarrollo de la nación en su conjunto, la sobrecargada Administración que tiene que ver con todo, a veces encontraba sus actividades paralizadas y su sistema de gestión ineficiente.

La descentralización también limita los poderes de las autoridades centrales, transfiriendo a los cuerpos locales poderes que hasta hacía poco detentaba el centro del sistema.

En lo concerniente a la región, la ley de 1981 la transformó en un cuerpo territorial con plenos poderes que la Constitución del 4 de octubre de 1958, en su artículo 72, previó la posibilidad de establecer mediante la Ley, nuevas autoridades territoriales y al igual que en la comuna y en el departamento, tanto el presidente como el consejo regional que son las autoridades ejecutivas de la región, serán electos por sufragio universal.

El Presidente aplicará el presupuesto de la región y encabezará al personal necesario de su Administración y el consejo regional tiene competencia en materias económicas, culturales, científicas, sociales y de salud, desde luego las leyes tendrán que hacer un reparto de competencias entre el Estado, las regiones, los departamentos y las comunas.

Al Estado Nacional se le mantienen áreas como las defensas, el sistema monetario, la política económica y financiera, derechos civiles, salud, seguridad social y orden público interno, algunos de estos aspectos en áreas locales serán transferidos a los departamentos y a las regiones por ejemplo, comunas departamentales, control de incendios y algunos otros, necesariamente con las transferencias de poderes se tendrán que realizar las transferencias de fondos a los cuerpos territoriales para que éstos puedan prestar nuevos servicios; se señala por algún sector de la opinión francesa, que ciertos cuerpos locales no aplicaron la reforma inmediatamente porque no tienen los medios financieros y técnicos y de capacitación para administrar por sí mismos con plena autonomía los servicios y trabajos que entraña la descentralización, pues se señala que por ejemplo en Francia hay 38,000

municipios de los cuales 25,000 tienen menos de 500 habitantes por lo que tomará tiempo su capacitación para autoadministrarse.<sup>4</sup>

## 1.2. Origen de la Descentralización Administrativa.

La descentralización política se aprecia desde tiempos remotos de la historia, como es el caso del Imperio romano que se dividía en dos: el de occidente y el de oriente.

Como fenómeno social, la descentralización de ciertos órganos político-administrativos se aprecia en todos los Estados modernos y aún en las organizaciones internacionales, que tienen órganos regionales para atender con la celeridad y eficacia a la región a la que sirve, así tenemos en la ONU las comisiones regionales (CEPAL, CEALO, etc ).

La descentralización administrativa en el sentido en el que la concebimos tuvo su origen y desarrollo teórico en Francia, a través de la institución que denominaban establecimiento público descentralizado y que obedecía a la necesidad práctica de atender un servicio público con personal técnico especializado, con independencia presupuestaria, que diera flexibilidad a las necesidades económicas del servicio y libre de los factores y problemas que impone la burocracia centralizada, ya que, de acuerdo con esas ideas el personal tenía un estatuto jurídico y personal distinto del de la burocracia.

---

<sup>4</sup>ibidem pag 504

En Francia se habla de establecimiento público descentralizado cuando se atiende un servicio técnico, con personal experto y con autonomía presupuestaria. Creemos que estas razones son extrajurídicas para determinar la conveniencia de establecer o no un organismo descentralizado, pues, a pesar de las críticas que se hagan a la organización central, no se ve fundamento jurídico de fondo para que ésta no pueda contar con esos elementos para realizar su actividad.<sup>5</sup>

La descentralización como forma de organización administrativa, surge de la necesidad de imprimirle dinamismo a ciertas decisiones gubernamentales, mediante el ahorro de los pasos que implica el ejercicio del poder jerárquico propio de los entes centralizados. En su surgimiento, influyó la incursión del Estado dentro de actividades industriales, financieras y comerciales, las cuales implicaban conferirle un matiz de empresa privada a las organizaciones encargadas de esas tareas.

En nuestro país por iniciación de Lucas Alamán, se crea en 1830, el primer órgano descentralizado. el Banco de Avío (Alfonso López Aparicio). Es en el periodo de consolidación de la Revolución Mexicana (1921-1938), en el cual los entes descentralizados proliferan, principalmente dentro de los ramos de las finanzas, los energéticos y las comunicaciones.

En la actualidad, la descentralización mexicana equivale a lo que la ley denomina Administración pública paraestatal; ésta comprende organismos descentralizados en sentido estricto, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Ibidem pag 504 y 505

### 1.3. Derecho Comparado

En la mayoría de las Constituciones latinoamericanas no encontramos referencia expresa a esta clase de organismos, salvo en la Constitución de la República Oriental del Uruguay, cuyos textos sucesivos de 1918 (Artículo 100), 1934 y 1942 (Sección XII), 1952 y 1967 (Sección XI), constitucionalizan los conceptos de "entes autónomos y servicios descentralizados", anticipándose a los ordenamientos europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en una sistematización prolija (23 artículos en la Carta de 1967) y de gran trascendencia en Derecho Comparado, así, los Artículos 59 y 60, hablan del servicio descentralizado, el Artículo 63, que prevé la existencia de entes autónomos comerciales e industriales, o sea, que esa Constitución regula en sus normas a los organismos descentralizados y empresas de Estado; y no sólo se reduce a enunciados, sino que los regula con precisión en la Sección XI, cuyo título es "De los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados"; prevé, además, que la creación de estos organismos será por la ley del congreso, aprobada en votación en la que se obtenga una mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

La noción de descentralización debe ser concebida como un concepto teórico concerniente a toda organización estructurada. Entraña un principio de organización en la que la esencia técnica y jurídica no puede más que consistir en la repartición de funciones, las más importantes, entre los diversos escalones de la jerarquía del organismo de que se trata.

---

\* MARTINEZ MORALES, Rafael I Derecho Administrativo. Primer Curso Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2a Edición, Edit. Harla, México, D. F. 1994, pag. 126

En Francia se dice que sus estructuras administrativas son las que dejó establecidas Napoleón a principio del siglo XIX y esto que por una parte se considera una simplificación administrativa por la otra es una gran verdad.

“En este país existen dos tipos de descentralización que se consideran clásicos: La descentralización territorial que da lugar al nacimiento de colectividades nacionales y la descentralización por servicios que da origen a los establecimientos políticos. En ambos casos se constata una reacción Institucional de desconfianza en el sentido que frente a estas instituciones se da el fenómeno de una proliferación legislativa que es aprobada por el Parlamento sin dificultad y que da como consecuencia que quede bajo tutela y exista un fenómeno que cuando se da un poco más de autonomía vuelve otra vez a presentar a través de sus diversas constituciones el retorno tutelar”.<sup>7</sup>

En este apartado Henry Puget elabora un interesante resumen acerca de la situación de los órganos descentralizados en otros países y cita numerosos casos, desde la Comisión para el Servicio Civil en Estados Unidos de América (1883) hasta los actuales órganos prestadores de servicios públicos, industriales y comerciales en Bélgica, Italia, Inglaterra y Francia, lo que nos ilustra acerca del interés que este asunto reviste en un nivel mundial.<sup>8</sup>

El tema resulta tan importante y novedoso que la doctrina y la legislación extranjeras se hallan dedicadas a estudiar y regular, respectivamente, la descentralización regional, la cual constituye una relevante preocupación para un Estado central, en el que es importante

---

<sup>7</sup> Ibidem . pag. 129

<sup>8</sup> Cit per MARTÍNEZ MORALES, Rafael Op Cit . pag. 133

diluir el poder hacia la periferia. Pero insistiendo, la descentralización territorial se refiere a la Administración local, creada por el órgano legislativo de un Estado unitario, no federal.

Otro punto importante en la doctrina extranjera es la diferenciación entre los órganos autónomos y órganos autotárquicos. La autotarquía sólo implica poseer un gobierno propio, en cambio los autónomos además de ese autogobierno están en posibilidad de darse su reglamentación interna a partir de una ley emanada del poder legislativo.

Finalmente, cabe hacer mención que la clasificación tradicional de los órganos descentralizados surge en Francia, y que la misma los ordena por servicio, ya por región y por colaboración. Esta catalogación fue asimilada y adaptada por la doctrina mexicana, durante largo tiempo.

#### **1.4. Evolución Histórica en México.**

Como puede observarse de la síntesis del sistema francés, el proceso descentralizador se llevó a cabo hasta la década pasada y es muy diferente este proceso al establecimiento de los poderes y facultades que se dan en un estado federal como México puesto que desde las primeras constituciones se tienen tres órganos políticos administrativos de gobierno el federal, el local y el municipal entre los que no existe relación jerárquica en el sentido administrativo, y aunque también hay un proceso relativamente reciente de transferencia de poderes (reformas al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de febrero de 1983), el hecho es de que en México por lo menos en teoría y formalmente en la Constitución y en las leyes, las autoridades locales



(Estados y Municipios) son electas por sufragio universal, lo cual es reconocimiento de las ideas de democracia, sobre todo en la elección del poder legislativo en las autoridades federativas y de los miembros del ayuntamiento en los municipios; en este contexto la descentralización política mexicana ha avanzado, puesto que en estos cuerpos colegiados se garantiza un número mínimo de miembros a los partidos minoritarios y esto fomenta al pluralismo y la participación democrática y que se escuche a las minorías, asimismo la existencia de un sistema electoral que garantice transparencia, legalidad y participación plural de partidos en la elección de las autoridades locales y municipales es muestra de que el proceso descentralizador político a los espacios territoriales locales, se va dando con una definición muy clara en México, a partir de 1988.

Esta transferencia de poderes que desde un punto de vista político parece responder en México, a ideas de democracia descentralizadora, a veces parece que se pone en duda puesto que con la planeación nacional sectorial, regional y municipal y la celebración de convenios únicos de desarrollo estimo que contradicen las ideas descentralizadoras, pues la planificación que llega hasta los municipios y las acciones de los Convenios Únicos de Desarrollo a manera de ver son eminentemente centralizadoras y amortiguan en gran parte o hacen muy difícil el fenómeno de la descentralización real de las decisiones, tanto a nivel estatal como a nivel municipal, cuestionando seriamente la existencia de decisiones estrictamente locales por parte de estas autoridades.

*“La expresión descentralizar significa opuesto al centro, es decir, es el fenómeno que va del centro a la periferia y se aprecia en la actualidad en la organización del Estado y de la Administración Pública Fundamentalmente hay dos tipos de descentralización administrativa; la primera se vincula a la estructura misma del Estado y a sus circunstancias*

histórico-políticas y en México la podríamos tipificar en la existencia de instituciones que conviven y derivan del Estado Federal y que son: fundamentalmente, las entidades federativas (Estados de la Federación) y los Municipios. Son estructuras locales, esto entraña un pluralismo político y también un principio de democracia para que los ciudadanos intervengan en el gobierno de las comunas, departamento y regiones a través de la elección de sus autoridades".<sup>9</sup>

En la descentralización política no encontramos jerarquía, ni se dan los poderes jerárquicos, entre el Presidente de la República y los Gobernadores, en cambio, en la descentralización estrictamente administrativa, estimo que sí se da esa relación jerárquica y que el poder de nombramiento, de mando, revisión, decisión, etc., es evidente entre el Presidente de la República y Secretarías de Estado, cabezas de sector y los diferentes organismos descentralizados del Gobierno Federal con la excepción de las universidades (autónomas).<sup>10</sup>

Es así que conforme al régimen jurídico de los organismos descentralizados, el poder de nombramiento de los Directores Generales, es facultad en la mayor parte de los casos, del Presidente de la República, lo que configura esa relación jerárquica de subordinación que no se aprecia, insisto, en la descentralización política de entidades federativas y municipios.

---

<sup>9</sup> Cfr MARTINEZ MORALES Rafael l Op Cit pág 136

<sup>10</sup> Idem

La descentralización administrativa, en estricto sentido, existe cuando se crean organismos con personalidad jurídica propia, mediante disposiciones legislativas, para realizar una actividad que compete al Estado, o que es de interés público.

En opinión y de acuerdo al sistema jurídico y a la experiencia mexicana, la autonomía, entendida en este sentido, más bien correspondería a la descentralización política, referida a los Estados que forman parte de la Federación, y a los Municipios, y la afirmación de que la entidad autotárquica no está sometida jerárquicamente a otro organismo administrativo, definitivamente no es aplicable, acorde con la experiencia actual, a los organismos públicos descentralizados en México, por lo menos, y en los niveles más altos, de los órganos administradores que sí dependen del Poder Ejecutivo y están sujetos al control, vigilancia y coordinación de los órganos centralizados, con lo cual en mi opinión, definitivamente no son autotárquicos, entendiendo dicha autarquía en los términos apuntados

Podría como ya se ha dicho, ser aplicable exclusivamente a la descentralización político-administrativa de las entidades federativas y de los municipios, en mi opinión, con ciertas limitaciones, pues la autonomía sólo se refiere a los asuntos de gobierno sobre los cuales el Municipio, o el Estado de la Federación, tienen competencia y, evidentemente, no hay órgano jerárquicamente superior desde el punto de vista administrativo, pero ello no quiere decir que no exista coordinación de los Municipios con la Entidad Federativa, de la que forma parte y, de estas últimas, para con la Federación. Además tienen las restricciones que les impone, respectivamente, la legislación municipal, y el Pacto Federal, en cuanto a ciertas actividades.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **MARCO LEGAL Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS**

## 2.1. Constitucionalidad de los Organismos Descentralizados

Hasta épocas recientes (1977), se discutió por la doctrina la base constitucional para crear a los organismos descentralizados y a todas las entidades que ahora se conocen como del sector paraestatal, sin embargo, la reforma reciente a los artículos 90 y 92 de la Constitución, ya no deja duda alguna de que estas instituciones están insertadas en un concepto moderno y comprensivo de la Administración Pública Federal, despejando toda posibilidad de cuestionamiento constitucional de los mismos.

Antes de las reformas aludidas, las bases estaban en el Artículo 123, apartado A, fracción XXXI, de la Constitución, que atribuye competencia a las autoridades federales en asuntos relativos a "...empresas que sean administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno Federal"; y en el Artículo 73, fracción XXX, de la misma Carta Magna, que contiene lo que la teoría denomina facultades implícitas.

Existen opiniones en el sentido de que los organismos descentralizados no estaban previstos en la Constitución, hasta el 18 de noviembre de 1942, en que fue reformada la fracción XXXI del Artículo 123, en comento, según publicación en el Diario Oficial de la Federación de la misma fecha.

Los organismos descentralizados, los desconcentrados, las sociedades mercantiles del Estado, o bien, cualquier otra forma de organización administrativa, se estima que, aún antes de las reformas a los Artículos 90 y 93 de la Constitución, tenían su base en los siguientes artículos constitucionales. 93 párrafos segundo y tercero, del cual ya se ha hecho

Los artículos antes comentados regulan, instituciones precisas, o materias generales, pero en todos casos se da al Congreso la facultad para legislar sobre ellos; por lo que, en ejercicio de esa facultad, estimamos que el Congreso de la Unión puede dictar leyes que se refieran a esas materias, o a esas instituciones, creando organismos descentralizados, desconcentrados, previendo la creación de sociedades mercantiles de Estado, Comisiones Intersecretariales, o cualquier otra forma de organización administrativa que se desarrolle en el futuro <sup>11</sup>

A partir del 21 de abril de 1981, fecha en que se publicó la reforma al artículo 90 constitucional, y en la que se señala claramente que la Administración pública será centralizada y paraestatal, ya no hay duda alguna acerca del fundamento en la Ley Suprema, en que se apoyan los entes desconcentrados, descentralizados y las empresas de participación estatal. Es de mencionarse que con anterioridad a 1981, algunos artículos de la Carta Magna hacían referencia a este tipo de órganos. 93, 123, y, de cierta forma, el 73 y el 28.

Es opinión generalizada que los organismos descentralizados deben ser creados por ley del Congreso y no por decreto presidencial como también permite la Ley Orgánica de la Administración Pública. Así, los entes que surjan de un acto presidencial y no por una ley del Congreso de la Unión, serán reputados anticonstitucionales.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel Op. Cit. pags 469 y 470

<sup>12</sup> Cfr MARTINEZ MORALES, Rafael I Op. Cit - pag 126.

## 2.2. Creación de los Organismos Descentralizados

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no existe un artículo que otorgue facultad expresa al Presidente de la República para crear por decreto personas jurídicas de Derecho Público, no obstante que en el pasado así se ha hecho y tratando de buscar precedentes de si se han tramitado amparos en contra de decretos que han creado Organismos Públicos Descentralizados, no se ha encontrado ninguno; sin embargo es de aclarar que el Presidente, sí tiene facultad de iniciativa de ley ante el Congreso de la Unión para esos efectos, conforme al Artículo 71, fracción I de la Constitución.<sup>13</sup>

La práctica administrativa en México, y la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (Diario Oficial de 31 de diciembre de 1970), al igual que sus antecedentes, las leyes de igual denominación de 1947 y de 1966 todas ellas abrogadas, en su artículo 2º, veían que el Ejecutivo Federal, por decreto, podía crear organismos descentralizados.

Sobre este punto es unánime la doctrina en el sentido de que la creación de órganos descentralizados por decreto del Ejecutivo resultaría al margen de la Constitución, sobre todo cuando a través de ese decreto se le da personalidad jurídica, patrimonio y competencia, pues se ha considerado que, para ello es necesaria una ley en el sentido formal y material, o sea, emanada del Congreso de la Unión, opinión con la que estamos de acuerdo, no obstante la práctica administrativa y la disposición legal ya citada.

La reforma al artículo 45 de la Ley orgánica de la Administración Pública Federal, presentada por el Ejecutivo de la Unión, en iniciativa de fecha 31 de marzo de 1986 (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de mayo de 1986) contiene más o menos la misma redacción que el texto transcrito anteriormente e incurre en la reiteración de que el Presidente puede crear por decreto, organismos descentralizados.

Es pues, necesario aclarar, en cuanto a los organismos descentralizados, que de lo que marca la Constitución en su artículo 90 reformado, no se desprende que el Poder Ejecutivo tenga la facultad de creación de dichos organismos, ya que esta facultad únicamente la tiene el Congreso de la Unión, por lo que sería inconstitucional la creación de éstos, por parte del Ejecutivo Federal, por vía de decreto.

### **2.3. Concepto de descentralización administrativa.**

En estricto sentido, la descentralización administrativa es una forma de organización de entes que pertenecen al Poder Ejecutivo, los cuales están dotados de su propia personalidad jurídica y de autonomía jerárquica para efectuar tareas administrativas.<sup>14</sup>

En la creación de estos órganos. El Estado puede recurrir a figuras del derecho público o del privado. Según las leyes mexicana, en el primer caso estaremos frente a organismos descentralizados y en el segundo, ante empresas de participación estatal se incluye a las sociedades mercantiles, cooperativas y civiles, asociaciones civiles, sociedades

---

<sup>13</sup> Serra Rojas Andres Derecho Administrativo, (s e ) Mexico, D.F., Edit Porrúa, S A. 1959, pág 548

<sup>14</sup> Cfr MARTINEZ MORALES. Rafael I Op Cit pág 127



nacionales de crédito, aseguradoras, afianzadoras nacionales y organizaciones nacionales de crédito en todas las cuales participa el Estado.

Aclarando esta idea: si para la doctrina la descentralización administrativa está constituida por los órganos del Poder Ejecutivo dotados de autonomía, para el legislador mexicano únicamente lo son aquéllos que sean creados mediante un acto de derecho público. Así, el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece:

Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio cualquiera que sea la estructura legal que adopten.

La mayoría de los organismos descentralizados desarrollan una actividad político-administrativa y este carácter también lo tienen los funcionarios que los integran, ya que sus nombramientos son hechos por el Ejecutivo Federal directamente o a través de las coordinadoras de sector, según se desprende de los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Tienen así mismo la obligación de acudir al Congreso, cuando alguna de sus Cámaras requiera de informes relacionados con los asuntos de organismos que dirigen o se discuta una ley de su ramo (artículo 93 Constitucional).

## 2.4. Características de los Organismos Descentralizados

Las características atribuidas a los organismos descentralizados como personas jurídicas colectivas de derecho público, son las siguientes:

1. Son creados, invariablemente, por un acto legislativo, sea Ley del Congreso de la Unión, o bien, decreto del Ejecutivo
2. Tienen régimen jurídico propio.
3. Tienen personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado, que les otorga ese acto legislativo.
4. Denominación
5. Son sede de las oficinas y dependencias y ámbito territorial.
6. Tienen órganos de dirección, Administración y representación.
7. Cuentan con una estructura administrativa interna.
8. Cuentan con patrimonio propio.
9. Objeto.
10. Finalidad.
11. Régimen Fiscal<sup>n15</sup>

1. Son creados por un acto legislativo.

Todos los órganos públicos descentralizados son creados por una ley del Congreso de la Unión, o por un decreto del Ejecutivo, y es a partir de que entra en vigor el acto que les crea, que, surge su personalidad jurídica, sin necesidad de ningún otro procedimiento.

En los organismos descentralizados locales y municipales, se sigue procedimiento similar.

## 2. Régimen jurídico propio.

Los organismos descentralizados están regulados, de manera específica, por la ley o el decreto que los creó. En ese instrumento jurídico, se expresa que son personas morales, y se especifican su patrimonio, sus órganos de gobierno, su objeto y, en ocasiones, las formas en que el Estado supervisará su funcionamiento y, además, la autorización para que expidan su reglamentación interna cuando sea el caso.

Todos los organismos descentralizados cuentan con un régimen jurídico que regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad. Este régimen generalmente lo constituye lo que pudiéramos llamar su Ley Orgánica, que puede ser bien una ley del Congreso, o un decreto del Ejecutivo, que materialmente pudiéramos considerar como ley, puesto que crea una situación jurídica general.

La actividad de los organismos descentralizados se regula tanto por normas de derecho público, como por normas de derecho privado.

Además de lo anterior, existen una serie de disposiciones legales aplicables a los organismos descentralizados, como son: la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Artículo 1º, párrafo tercero, 3º, fracción I; 9º; 45, 50, 51, 52 y 54); la Ley Federal de Entidades Paraestatales y la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.

---

<sup>5</sup> Cfr MARTINEZ MORALES, Rafael | Op Cit pág. 127

### 3. Personalidad jurídica

El Estado reconoce u otorga, empezando por él mismo, personalidad a ciertos agrupamientos sociales o colectividades. Mediante esa ficción un organismo es sujeto de derechos y obligaciones.

Los órganos descentralizados poseen por disposición legal, una personalidad jurídica propia, que es distinta de la del Estado (art 25 del Código Civil), dicha personalidad les permitirá realizar los actos necesarios para el logro de su objeto y finalidad.

Estos organismos son distintos al Estado, jurídicamente hablando; pero como realidad política y sociológica, están ubicados dentro del gobierno. De aquí la necesidad de un control o una tutela ejercidas por parte de los órganos centralizados.<sup>16</sup>

### 4. Denominación

El nombre o denominación de un órgano es el conjunto de palabras en el idioma oficial del Estado, que permite identificarlo y distinguirlo de otras Instituciones similares, sean federales, locales o municipales y, más aún, internacionales. Tal denominación, en el caso de los organismos descentralizados, está fijada en la ley o en el decreto que les ha creado y generalmente corresponde o alude a su objeto y finalidad.

### 5. Sede de las oficinas y dependencias y ámbito territorial.

Corresponde al domicilio que le señale su reglamentación y pueden contar con sucursales e instalaciones foráneas.

Tratándose de entes centralizados, la sede sí adquiere trascendencia jurídica, pues los entes deben radicar en la capital que el Legislativo haya señalado como residencia de los poderes gubernamentales.

Los organismos descentralizados pueden actuar en todo el territorio nacional, excepto que por su objeto estén limitados a determinada circunscripción; desde luego, los entes de este tipo en lo que se refiere al Distrito Federal, se encuentran dentro del supuesto de ámbito espacial restringido.

6. Órgano de dirección, administración y representación.

El órgano supremo de un ente descentralizado recibe distintos nombres, de acuerdo con su particular instrumento de creación; así, puede llamarse junta de gobierno, consejo directivo o de Administración, junta directiva, comité ejecutivo, etc. Se trata, en todo caso, de un órgano colegiado, integrado por representantes de entes centralizados y paraestatales y, de manera excepcional, de representantes de instituciones universitarias y de particulares.

Las tareas de ejecución y representación de los descentralizados estarán a cargo de un funcionario designado por el órgano colegiado de gobierno o por el Presidente de la República, según indique cada ley o decreto, dicho funcionario es denominado director general o gerente general y de manera aislada, procurador, presidente o rector. Este directivo estará auxiliado por los funcionarios y el personal previsto en el correspondiente presupuesto y en la respectiva reglamentación jurídica, él mismo tendrá la posibilidad de nombrar apoderados para determinadas actividades de tipo legal.

---

<sup>1</sup> Ibidem pag 129

En los últimos años, las distintas secretarías de Estado han omitido, dentro del marco de la reforma administrativa, "Normas para la integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de las entidades paraestatales coordinadas por la secretaría".<sup>17</sup>

La Ley Federal de Entidades Paraestatales reconoce la existencia de lo que llama la propia ley, Órgano de Gobierno y el Director General, es decir, el Cuerpo Colegiado, limitando el mínimo y máximo de sus integrantes, a partir de que entre en vigor dicha ley, no serán menos de cinco ni más de quince miembros propietarios, con sus suplentes; dicho Órgano de Gobierno, será presidido por el titular de la Secretaría o Departamento de Estado o Coordinador del Sector. Es importante mencionar que los miembros del Órgano de Gobierno no pueden enviar representantes a sus sesiones, ya que el cargo es estrictamente personal.

#### 7 Estructura administrativa interna.

La estructura interna de los organismos descentralizados está precisada en su ley de decreto de creación; y dependerá de la actividad a la que está destinado y de las necesidades de división del trabajo, generalmente hay una serie de órganos inferiores en todos los niveles jerárquicos y también de direcciones y departamentos que trabajan por sectores de actividad; en algunos casos se prevé en su reglamentación de carácter interno. La estructura cambiará de un ente a otro, dependiendo de su objeto, finalidad, tamaño, recursos económicos y orientación política.

La relación jerárquica de los entes centralizados, está ausente en los organismos descentralizados. Esto no quiere decir que no existan superiores y

subordinados en los organismos descentralizados, si no que es determinante en ellos el dinamismo de sus procedimientos.

#### 8 Patrimonio propio.

Los organismos descentralizados, como consecuencia de tener personalidad jurídica, cuentan con patrimonio propio, patrimonio que rompe en su estructura y regulación con los principios del Derecho Civil. Contar con un patrimonio les implica adquirir, administrar y disponer de bienes y derechos. Es también la normatividad jurídica la que les confiere y regula a su patrimonio.

El patrimonio de los organismos descentralizados es el conjunto de bienes y derechos con que cuentan para el cumplimiento de su objeto.

Dentro del patrimonio encontramos que, pueden existir bienes que son del dominio público, como son los inmuebles que están dentro de su patrimonio y que por disposición de ley se consideran del dominio público (Artículo 34, fracción VI, de la Ley General de Bienes Nacionales, Diario Oficial del 3 de enero de 1982).

Pueden también contar con bienes del dominio directo, como son, por ejemplo, los que integran el subsuelo y la plataforma continental que forma parte de los elementos que tiene a su disposición Petróleos Mexicanos, para cumplir con su objeto; en ambos casos, el régimen de dominio público impone inalienabilidad, esos bienes se regulan, por lo tanto, por normas de derecho Público.

---

<sup>17</sup> Ídem

Forman también parte del patrimonio de estos organismos un conjunto de bienes y derechos que están sujetos a un régimen de Derecho privado y de los que pueden disponer libremente. Puede también estar formado en parte por subsidios o aportaciones temporales o permanentes que le destine la Administración Central.

Por último, dentro de su patrimonio se encuentran los ingresos propios del organismo derivados del ejercicio de su actividad, los que obtiene por los servicios o bienes que presta o produce, respectivamente.<sup>16</sup>.

#### 9 Objeto.

El objeto de los organismos descentralizados en términos generales puede abarcar:

- a) La realización de actividades que correspondan al Estado;
- b) La prestación de servicios públicos;
- c) La Administración y explotación de determinados bienes del dominio público o privado del Estado;
- d) La prestación de servicios administrativos;
- e) La realización Coordinadora de actividades federales, estatales, locales y municipales, o con organizadores internacionales, de actividades de asistencia técnica y desarrollo económico, la producción de servicios o de procesos industriales, y
- f) La distribución de productos y servicios que se consideran de primera necesidad o que interesa al Estado intervenir en su comercio.



Concluyendo este apartado, el objeto de los organismos descentralizados consiste en efectuar determinadas tareas que les asigna el orden jurídico, las cuales están relacionadas con cometidos estatales de naturaleza administrativa, es decir, auxiliar en la función administrativa.

#### 10. Finalidad

La finalidad de los organismos descentralizados radica en satisfacer el interés de la colectividad, mediante la realización de la función administrativa y, por su conducto, cumplir ciertas atribuciones propias del Estado que en determinados renglones requieran celeridad y eficacia.

#### 11 Régimen fiscal

Los ingresos que obtengan los organismos descentralizados por concepto de contribuciones y similares se consideran captados por el Estado y tendrán naturaleza fiscal, por lo que se deberán concentrar en la Tesorería de la Federación.

La mayoría de los organismos descentralizados, por las actividades propias de su objeto, están exentos del pago de impuestos federales, locales y municipales. La práctica se ha orientado a reconocer que cubren los derechos de carácter federal y local. No obstante, en algunos casos hay organismos descentralizados que pagan impuestos a la Federación, como es el caso de Petróleos Mexicanos y, se estima que aún cuando no hay precedentes, en aquellos casos en que el organismo descentralizado realiza una actividad que corresponde al Estado y éste le ha dado su personalidad, patrimonio, y su régimen jurídico, en el supuesto de que obtuviera beneficios, como antes se ha citado, ya que no

---

<sup>13</sup> Cfr ACOSTA ROMERO, Miguel. Op Cit., pags 485 y 486.

siempre los obtienen, dichos beneficios podrían o bien acrecentar el patrimonio de la Institución, o bien ingresar al patrimonio del Estado como productos.

Se ha abandonado la tendencia inicial orientada a considerar a los entes descentralizados de una manera privilegiada en lo que se refiere a cuestiones tributarias, ahora se pretende conferirles un trato igual al de los particulares en esta materia, a efecto de que paguen impuestos y demás créditos fiscales en igualdad de circunstancias que éstos.

## **2.5. Control y Vigilancia del Estado sobre los Organismos Descentralizados**

Uno de los aspectos relacionados con la descentralización, y más concretamente con la empresa pública, que ocupa en la actualidad, de manera prevalente, a las administrativas, es el que se refiere al control, tutela o vigilancia que el Estado ejerce sobre aquéllos. Ya indicamos que una de las características de los órganos paraestatales es el control que en ellos ejerce el poder público, a pesar de que dichos entes posean personalidad jurídica propia y de que haya autonomía jerárquica de éstos frente al titular del Poder Ejecutivo.

En diversos países, existen controles de tipo parlamentario o judicial sobre las paraestatales. En México, dichos tipos se dan de manera indirecta o aislada; mencionamos a título de ejemplo del primero, la comparecencia de directivos descentralizados y de empresas de participación estatal ante alguna de las cámaras del Congreso y la existencia de mecanismos presupuestales exclusivos de unos cuantos de esos organismos, es decir, lo anterior es lo que corresponde al tipo de control parlamentario; en cuanto al tipo judicial, apreciamos que el particular en tanto consumidor, cuenta a su favor con diversas vías

contempladas por el derecho privado. Existen, también, en algunas ocasiones, medios de impugnación ante órganos del Poder Ejecutivo, mediante los recursos administrativos, procedimientos de conciliación o el arbitraje; estos dos últimos en materia de protección al consumidor, bancaria, bursátil y de seguros.

El control que interesa en este momento, es el llamado tutela administrativa, y que es aquel que los órganos centrales ejercen sobre las paraestatales. Ese control, o esa tutela administrativa, persigue que los órganos dependientes indirectos del Poder Ejecutivo realicen sus tareas de manera adecuada, que cumplan los cometidos para los cuales fueron creados, que lleven a cabo su actividad de manera eficiente y que exista un honrado manejo de su patrimonio.

Dicho control o tutela puede estar a cargo de un solo órgano centralizado. En México, hasta 1946, fue la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la competente para vigilar y controlar a la Administración pública paraestatal; de 1947 a 1959, pasaron a cargo de la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa; de 1959 a 1976, le correspondieron a las secretarías de la Presidencia y a la de Patrimonio Nacional. Este esquema se cumplió en términos generales, pues hay que recordar que también existieron excepciones; por ejemplo, algunas cuestiones financieras estuvieron a cargo de Hacienda y Crédito Público, y que hubo casos en los cuales otra secretaría tuvo el control real de los consejos directivo y de Administración.

### 2.5.1. La Coordinación del Sector Paraestatal a partir de 1977

El control único, global o unificado de las paraestatales, existente hasta 1976, fue complementado en 1977, con la llamada *Sectorización*, establecida por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

La citada ley, que entró en vigor el 1º de enero de 1977, introdujo en el derecho positivo mexicano el sistema de control, o tutela, difuso o especializado, conocido como sectorización. En este sistema el Presidente de la República agrupará de manera discrecional, a las entidades paraestatales bajo la coordinación de una Secretaría de Estado o de un departamento administrativo, a efecto de que los mismos vigilen los programas y resultados y acuerden con el propio jefe del Ejecutivo.

A la secretaría o al departamento coordinador, se le denomina *cabeza de sector*, y las paraestatales sectorizadas; lo que existe es únicamente vigilancia o tutela administrativa de aquél sobre éstas.

El primer acuerdo de agrupamiento de entidades paraestatales se publicó el 17 de enero de 1977. Para ese agrupamiento, se atiende al tipo de empresa pública u organismo, a fin de asignarles de acuerdo con la naturaleza de su actividad.

Al lado de este sistema de control (sectorización), la ley dejó subsistente el control global o unificado, ahora a cargo tanto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como de Contraloría y Desarrollo Administrativo; la primera para atender cuestiones financieras y

administrativas y la segunda para encarar aspectos de lo que podríamos llamar de auditoría (detección de irregularidades).

En este apartado no podría omitirse el Acuerdo por el que las entidades de la Administración pública paraestatal se agrupan en sectores.

Dicho acuerdo fue expedido el 2 de septiembre de 1982, y es mejor conocido como *acuerdo de sectorización*, el mismo define, de conformidad con los artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a los distintos sectores de la Administración pública paraestatal y se les asigna a las dependencias que de acuerdo a sus competencias, les corresponda coordinarlas; de ahí la denominación de coordinadoras de sector o cabezas de sector, como ya se ha hecho mención.

### **2.5.2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.**

Al establecer las bases sobre las que se organiza y desempeña la Administración pública federal, su ley orgánica lo divide en dos grandes grupos: Administración pública centralizada y Administración pública paraestatal (artículo 10).

Enseguida, la ley sujeta las actividades de ambos a las políticas que defina el Ejecutivo Federal (facultad del Presidente de la República), con lo que supedita claramente el funcionamiento de las entidades que conforman el sector paraestatal a las decisiones y el control de las que configuran la llamada Administración central; la misma ley de manera específica, atribuye a cada secretaría de Estado cierta intervención con respecto a aquéllas.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la que nos venimos ocupando, dedica especialmente su título tercero a reglamentar a la Administración pública paraestatal, y a clasificar sus entidades de acuerdo con su constitución específica; dicho ordenamiento prevé, en los artículos 48 y 49, su agrupamiento conforme a los objetivos específicos de cada una de ellas (Secretarías de Estado y departamentos administrativos que serán coordinadores de sector).

Por otra parte, esta ley determina que las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo sean las responsables, dentro del ámbito demarcado con sus respectivas competencias, de la vigilancia de las entidades paraestatales en materias de gasto, financiamiento, control y evaluación. A estas dependencias, en virtud de dicha competencia, se les conoce como globalizadoras.

### **2.5.3. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal**

El artículo 6° de esta Ley designa como responsabilidad de las secretarías de Estado o de los departamentos administrativos, coordinar la planeación, la programación, la presupuestación, el control y la evaluación del gasto de las entidades paraestatales ubicadas en el sector que les corresponda coordinar.

Para el caso de la creación, o bien la modificación de capital en las empresas de participación estatal, y para la concertación de créditos destinados a financiar sus

programas, la ley exige la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículos 8º y 10º)

En cuanto al ejercicio del gasto, las entidades paraestatales lo efectúan mediante sus órganos, pero el Presidente de la República puede disponer, por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que de forma temporal o permanente la Tesorería de la Federación se haga cargo de ello (artículos 26 y 27).

La contabilidad de la Administración pública paraestatal ha sido motivo de marcado interés para el legislador, de ahí que las entidades estén obligadas por la ley a otorgar todas las facilidades para su fiscalización periódica.

En cuanto a las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la ley y demás disposiciones, las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo son las competentes para intervenir en la defensa de los intereses de la Federación y del patrimonio de las entidades paraestatales (artículos 45 a 50).

#### **2.5.4. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**

Esta ley regula la planeación, la programación, gastos, ejecución, conservación, *mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles*; la prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen las dependencias centralizadas y las entidades paraestatales.

Los órganos de gobierno de las entidades paraestatales emitirán las bases y lineamientos para las materias que esta ley regula; además, definirán la política que en esta actividad habrá de seguirse en el respectivo ente público.

Los actos que en dicho renglón realicen las paraestatales, son sometidos a diversos controles que tienen a su cargo: su coordinadora de sector.

El ordenamiento legal que en este apartado se comenta establece las reglas a las que deberán sujetarse la licitación pública y la adjudicación de adquisiciones, arrendamientos, prestación de servicios y obras públicas. La misma ley otorga competencia a las secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Contraloría y Desarrollo Administrativo y a la coordinadora de sector, para verificar el cumplimiento de la normatividad, fijando la posibilidad de llevar a cabo visitas e inspecciones al organismo paraestatal supervisado.

En conclusión, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos, además de estar sujetos a la legislación administrativa en los aspectos contractuales citados, se encuentran bajo un complejo sistema de control por parte de los órganos centralizados.

### **2.5.5. Ley General de Bienes Nacionales**

No obstante que las entidades de la Administración pública paraestatal se caracterizan por poseer un patrimonio propio, la ley que ahora nos ocupa, las sujeta a un régimen especial en cuanto a la disponibilidad de sus bienes. Es de mencionarse que este régimen no es tan riguroso como el establecido para las dependencias, en virtud de que



éstas carecen de patrimonio propio y sólo administran los bienes que la Federación les ha destinado o los que adquieren en su nombre para el cumplimiento de sus programas

El artículo 3º incluye dentro de los bienes de dominio privado del Estado a los que hayan formado parte del patrimonio de los organismos descentralizados, en la proporción que corresponde al gobierno federal, cuando éstos se hayan extinguido o liquidado.

El artículo 10 del mencionado ordenamiento legal prevé la posibilidad de que las entidades paraestatales usen o tengan a su cuidado inmuebles de la Federación, y en ese caso están sometidos a la vigilancia y el control de la Secretaría de Desarrollo Social y son clasificados por la Ley que nos ocupa en este apartado, como bienes de dominio público, según los términos del artículo 34 fracción III, en relación con los artículos 2º, fracción V, y 40.

Para continuar con los bienes inmuebles, diremos que la Ley obliga a las entidades paraestatales a realizar las operaciones de adquisición y venta con base en avalúos expedidos por la Comisión de Avalúos y de Bienes Nacionales o por sociedades nacionales de crédito.

El artículo 64 de la expresada ley indica que cuando la enajenación se refiera a un inmueble de dominio público, el cual forme parte del patrimonio de un organismo descentralizado, se requiere que sea para ese efecto y de forma previa se haga su desincorporación mediante un decreto presidencial.

Por lo que respecta a los bienes muebles que forman parte del patrimonio de las entidades paraestatales, se someten en cuanto a su afectación, baja y destino final, a las normas establecidas por la propia ley y a las que expida el Ejecutivo Federal.

#### **2.5.6. Ley Federal de las Entidades Paraestatales**

Este instrumento legal, netamente especializado en la constitución, organización y operación de las entidades que conforman el sector paraestatal, así como en la relación que guardan éstas con el Ejecutivo Federal, en tanto unidades de la Administración pública federal, fue publicado el 14 de mayo de 1986, en el Diario Oficial de la Federación y abrogó la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, del 30 de diciembre de 1970.

#### **2.5.7. Acuerdos de Reforma Administrativa**

La necesidad de la Administración pública de adaptarse a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, ha provocado un movimiento por modernizar sus estructuras y procedimientos, que ya presenta matices de permanencia para ello se ha servido de una copiosa expedición de acuerdos y circulares de parte del Ejecutivo Federal dirigidos a la racionalización de las estructuras de las distintas dependencias y entidades, instrumentos éstos que a veces incluso están referidos a su extinción. En otros casos, la reforma administrativa se orienta a la simplificación de los trámites, sobre todo de aquéllos

que implican atención al público, y el mejor aprovechamiento de los recursos destinados a sus actividades, por medio de lo que han denominado *austeridad en el gasto público*.

En ocasiones, esas disposiciones se han contemplado en el decreto por el que se aprueba el presupuesto de egresos de cada año.

## **CAPITULO TERCERO**

### **LA LICITACION PUBLICA COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

### 3.1 Concepto de Licitación Pública

Existen diferentes acepciones que definen a la licitación pública, como las que a continuación se enuncian:

Licitación.- Sinónimo de Subasta <sup>19</sup>

Subasta - Venta Pública de bienes que se hace al mejor postor. Adjudicación.<sup>20</sup>

Licitación Pública.- Procedimiento de adquisición mediante el cual se hace concurrir libremente a los oferentes de bienes y/o servicios en los contratos del sector público.<sup>21</sup>

Para Rafael Bielsa, la licitación pública, "es una institución típica de garantía de interés público [moralidad y conveniencia administrativas]"<sup>22</sup>

Por su parte Andrés Serra Rojas, define que la licitación "Es un procedimiento legal y técnico que permite a la Administración pública conocer quienes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios o realizar obras"<sup>23</sup>

Asimismo Rafael Martínez M., señala que la licitación es un elemento introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes

<sup>19</sup> Diccionario Jurídico Mexicano 3a Ed Tomo-3. D F · Edit Porrúa, S A. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993

<sup>20</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. Op Cit

<sup>21</sup> Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Glosario de Términos mas Usuales en la Administración Pública Federal 2a Ed. (s.p i )

<sup>22</sup> BIELSA, Rafael Derecho Administrativo, Vol I. 6a, Ed La Ley. Buenos Aires. 1965. pág 122

<sup>23</sup> SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo Doctrina, Legislacion y Jurisprudencia Tomo II 5a Edicion . Edit Porrúa, S A : Mexico D F. 1972. pag 1182

públicos encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública.<sup>24</sup>

Como es de apreciarse, al inicio del presente estudio la palabra "Licitación" ha sido usada de manera confusa en nuestra legislación, puesto que para referirse a ella se usan como sinónimos las de "concurso" o "subasta", las cuales resultan impropias desde el punto de vista jurídico, en cuanto que para el Derecho, tales términos tienen una concepción diferente.

Posiblemente la confusión tiene su origen en su significado etimológico y gramatical, ya que de acuerdo con el primero, la licitación deriva de la voz latina *licitatione*, que es un hablativo de *licitatio-onis*, que significa "venta en subasta", y de acuerdo con lo segundo consiste en la acción de licitar, palabra que es un verbo transitivo que quiere decir "ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda".

En este sentido es importante destacar que si bien es cierto que la licitación, subasta y concurso tienen en común la existencia de una concurrencia u oposición de oferentes que tienen interés en que se les adjudique un contrato, constituyen figuras jurídicas de significado diferente; por ello, resulta incorrecto emplearlas como sinónimos.

Por otra parte, la licitación dentro del campo del Derecho Administrativo, constituye una figura jurídico administrativa, la cual se aparta de la concepción etimológica y gramatical, para asumir una acepción propia del derecho que la regula.

---

<sup>24</sup> MARTINEZ MORALES Rafael I. Derecho Administrativo 3er. y 4o. Cursos. Colección de Textos Jurídicos Universitarios 2a. Edición, Ed. Harla, México 1997, pag 114.

Por lo tanto la licitación, en el campo del derecho administrativo, es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la Administración Pública elige como contratante a la persona, física o jurídica, que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado. "Ese procedimiento administrativo está integrado por una diversidad de actos administrativos y simples actos de la Administración, como formas jurídicas preparatorias de la actividad administrativa contractual".<sup>25</sup>

A este respecto podríamos afirmar que la licitación pública constituye un procedimiento que la Administración Pública, debe observar para seleccionar a sus contratantes, salvo las excepciones establecidas en la Ley, y que consiste en una invitación dirigida a todos los posibles interesados para que, sujetándose a las bases establecidas, presenten sus ofertas, para seleccionar la más conveniente.

Este tipo de procedimiento tiene como característica fundamental que es abierto, toda vez que la invitación hecha por la Administración Pública se realiza a personas indeterminadas, de tal manera que el número de oferentes, que pueden concurrir a formular sus ofertas no se encuentra limitado, ya que puede hacerlo cualquier interesado que reúna los requisitos legales.

En otro orden de ideas, la licitación pública, como sistema restrictivo de selección del contratante de la Administración Pública, sólo es obligatoria cuando su tramitación se encuentra impuesta por la norma jurídica y para las materias que específicamente se prevean, ya que de no ser así no podrá exigirse su realización.

---

<sup>25</sup> LUCERO ESPINOSA, Manuel La Licitación Pública. II TOMO. Editorial Porrúa México, 1993, pág. 28

A manera de conclusión de este apartado podemos considerar que la licitación pública es el sistema administrativo de adjudicación de un servicio de cualquier naturaleza, para quien ofrezca las mejores condiciones de contratación para el Estado, sin dejar de hacer notar que no es necesariamente el precio más bajo, lo que determina las condiciones más ventajosas, toda vez que la oferta más barata no siempre resulta la más conveniente, ya que tal situación puede traducirse en innumerables problemas para la Administración Pública y para la economía nacional. Por ello al analizar las propuestas deberá rechazarse aquella oferta cuyo precio cotizado será irrisorio, es decir, cuando resulte desproporcionado con relación a los precios de los productos u obras que rigen en el mercado, o cuando el precio más bajo se oferte con tendencias monopolísticas. Sobre el particular el artículo 134 Constitucional en su segundo párrafo establece que .."la selección de la proposición, se hace con el fin de asegurar para el Estado las mejores condiciones, pero no sólo se tomará en cuenta para tal efecto , el precio más bajo, sino también la calidad, el financiamiento, la oportunidad y demás circunstancias pertinentes".

En virtud de lo anterior, la Administración Pública no debe proceder de manera automática a seleccionar como su contratante a quien le haya presentado la oferta más barata, sino que resulta menester se practique un análisis obligatorio que permita determinar si dicha oferta resulta la más conveniente.



### **3.2. Naturaleza jurídica de la licitación pública.**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación, conviene señalar que ésta consiste en un llamado que la Administración Pública hace a los particulares de manera impersonal, para que le formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación.

En tal virtud, con la licitación la Administración Pública no hace ninguna propuesta, sino que las recibe de los licitadores, razón por la cual Manuel Lucero Espinosa, señala que la de la naturaleza jurídica de la licitación se “derivan dos consecuencias: 1) quien se presenta y formula una oferta, debe ajustarse estrictamente a las condiciones fijadas en el llamado, quedando obligado a su mantenimiento durante el plazo que aquél establezca a las normas que lo rijan; 2) la Administración puede aceptar o rechazar las ofertas que se le hagan, sin responsabilidad alguna de su parte”<sup>26</sup>

Lo anterior tiene su apoyo en el hecho de que, en primer lugar, los oferentes tienen el deber de presentar sus propuestas con seriedad y, en segundo término, la Administración cuenta con facultades para resolver y aceptar la oferta más conveniente.

### **3.3. Fines de la licitación pública.**

La tramitación de la licitación, además de perseguir como finalidad asegurar para la Administración Pública las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad,

---

<sup>26</sup> Ibidem pag 41

financiamiento y oportunidad, también contempla la eficiencia, eficacia y honradez; aspectos, estos últimos, que integran la moralidad administrativa.

El régimen de competencia de la licitación bajo un nivel de igualdad de condiciones para los oferentes, permitirá a la Administración Pública conocer cuál es el mejor precio que se le ofrece. Sin embargo, como se ha dicho, aún cuando pudiera representar un beneficio para las fianzas públicas, esto no asegura al Estado que sea la oferta más conveniente, en cuanto que pueda ocasionar muchos problemas, bien sea que, por ejemplo, tratándose de obras públicas, éstas se vean paralizadas por falta de recursos económicos, o bien que respecto del suministro de bienes, éstos se surtan de mala calidad, lo que se traduciría como se ha mencionado en los puntos que anteceden al presente tema de estudio, en un mayor costo para la Administración, situación que pondría en riesgo la economía nacional.

Por tal motivo, y a fin de evitar que la licitación pública se preste a rebajas excesivas del precio, que comprometan en definitiva la correcta prestación contratada, nuestro sistema jurídico, tratándose de obras públicas y de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles, no sólo toma en cuenta la oferta de más bajo precio, sino que también la condiciona a la calidad de los productos, al financiamiento, a la oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Por otro lado, la licitación pública, al contemplar como finalidad la moralidad administrativa, evita que pueda existir complicidad entre funcionarios y contratistas o proveedores del Estado, que llevarían a adjudicaciones con motivos diversos a los requeridos por la Administración Pública. Por ello se han establecido en los ordenamientos jurídicos relativos a obras públicas y adquisiciones, la nulidad absoluta de los actos

administrativos, actos simples de la Administración, incluso de los contratos que se hayan realizado en contravención a las normas jurídicas que regulan el procedimiento licitatorio, y además el fincamiento de responsabilidades administrativas a los servidores públicos que hubieran incurrido en tales irregularidades.

### **3.4. Principios Jurídicos de la Licitación.**

De acuerdo con la razón jurídica de la licitación, los principios esenciales o fundamentales que la rigen son: *a) concurrencia, b) igualdad, c) publicidad y d) oposición o contradicción*. Tales principios rigen el procedimiento licitatorio, razón por la cual, el incumplimiento de cualquiera de ellos lo vicia de nulidad.

*a) Concurrencia.*- El principio de concurrencia asegura a la Administración Pública la participación de un mayor número de ofertas, lo cual le permite tener una más amplia selección, y estar en mejor posibilidad de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Por tal motivo, la publicación de la convocatoria debe realizarse con toda oportunidad en los diarios o gacetas oficiales, así como en los diarios privados de mayor circulación, a fin de que los interesados tengan pleno conocimiento del llamado de la licitación pública.

*b) Igualdad.*- La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la licitación pública, pues con base en él se asienta la moralidad administrativa que rige el procedimiento licitatorio.

En efecto, si la licitación se basa en la competencia de varias propuestas presentadas, para que la Administración Pública pueda seleccionar la más conveniente, la igualdad se manifiesta en el sentido de que sólo es posible una real confrontación entre los oferentes, cuando éstos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio de otros.

De esta manera, el principio de igualdad exige que la adjudicación se haga a aquel oferente que, presentando las mejores condiciones para el Estado, se haya ajustado a las bases de la licitación, pues de no ser así la Administración Pública carece de soporte para comparar las ofertas.

En consecuencia, el principio de igualdad rige todas las fases del procedimiento licitatorio, desde la formulación de las bases o pliego de condiciones, hasta la adjudicación.

Este principio de igualdad rige tanto para los licitadores como para la Administración Pública, pues se refiere tanto a la posición que guardan los oferentes frente a la Administración, así como a la posición de cada uno de ellos frente a los demás.

c) *Publicidad*.- El principio de publicidad indica la posibilidad de que los interesados conozcan de todo lo relativo acerca de la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas.

La publicidad es un principio rector de todo procedimiento administrativo, pues implica el leal conocimiento de las actuaciones administrativas, requisito esencial del debido

proceso y que a su vez presupone una característica de la garantía de audiencia del gobernado, prevista en el artículo 14 Constitucional.

Por tal motivo, en la licitación pública, la publicidad debe ser satisfecha en todas las fases del procedimiento a partir de la convocatoria, pues ella constituye un aspecto fundamental del llamado a la licitación; luego en la apertura de los sobres que contienen las ofertas, que se debe realizar en audiencia pública previamente establecida, para dar a conocer a todos los oferentes el contenido de las mismas, puesto que no se debe realizar de una manera clandestina u oculta a los ojos de los particulares. También con base en tal principio deben darse a conocer a los oferentes los dictámenes producidos por la evaluación de las ofertas.

Pero esto último no implica que los licitadores se inmiscuyan en el procedimiento evaluatorio, pues éste es un trámite interno de la Administración.

*d) Oposición o contradicción.-* El principio de oposición o contradicción deriva a su vez del principio de debido proceso, previsto en el artículo 14 Constitucional, el cual implica la intervención de los interesados en las discusiones de controversia de intereses de dos o más particulares, facultándolos para impugnar las propuestas de los demás y, a su vez, para defender la propia de las impugnaciones de otros.

Es común que en los procedimientos licitatorios existan intereses contrapuestos de los particulares. Por tal motivo, dicho procedimiento adquiere un carácter contradictorio, que la Administración Pública está obligada a asegurar, permitiendo en un plano de igualdad, la

participación de todos los interesados, a través de "vistas o traslado"<sup>27</sup> de cada oferente atacado, en la inteligencia que, de no hacerlo, la decisión o resolución que al efecto recaiga a esas inconformidades estaría viciada de ilegitimación.

El respeto cabal al principio contradictorio, además de asegurar la garantía de debido proceso, implica una mayor eficiencia de la Administración Pública impuesta por el interés público. Queda dicho entonces que también será ilegítima la determinación tomada en tales condiciones de parcialidad.

### 3.5. Marco Legal

Resultan aplicables a la licitación pública, las siguientes disposiciones legales:

- 1 - Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
  
- 2.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976. (Reformada por Decretos publicados los días 21 de febrero, 25 de mayo de 1992 y 28 de diciembre de 1994).
  
- 3.- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor a partir del día 4 de marzo de 2000.

---

<sup>27</sup> "Dar vista" significa que la documentación quede a su disposición en las oficinas de la convocante para que los interesados las puedan consultar. "Correr traslado" implica se les entreguen copia de los documentos. Cfr., artículo 66 del Código Federal de Procedimiento Civiles

4 - Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor a partir del día 4 de marzo del 2000.

5 - Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles (En lo que no se oponga a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas), Diario Oficial de la Federación del 13 de febrero de 1990.

6 - Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1990, respectivamente y reformados el 24 de diciembre de 1996 y 7 de abril de 1995.

7.- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su Reglamento, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976 y 18 de noviembre de 1981; y reformados el 21 de diciembre de 1995 y 20 de agosto de 1996, respectivamente.

8.- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte; el Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia.

9.- Acuerdo que establece las Bases de Integración y Funcionamiento de los Comités de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Relacionados con Bienes Muebles y de las Comisiones Consultivas Mixtas de Abastecimiento de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal (Diario Oficial de la Federación del 13 de mayo de 1990).

10 - Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación del Ejercicio Fiscal correspondiente.

11 - Lineamientos para el Oportuno y Estricto cumplimiento del régimen jurídico de las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios de cualquier Naturaleza, Obras Públicas y Servicios Relacionados con éstas (Diario Oficial de la Federación del 15 de marzo de 1996).

### **3.6. Etapas del procedimiento de la licitación pública.**

La licitación pública, como todo procedimiento administrativo requiere de una serie sistemática de actos, que se desarrollan dentro de las distintas etapas o fases que deben que deben cumplirse para llegar a la decisión final. Las fases que integran el procedimiento licitatorio son:

- 1 Autorización presupuestaria;
- 2 Preparación de las bases o pliego de condiciones;
3. Publicación de la convocatoria;
- 4 *Presentación de ofertas o propuestas;*
- 5 - Requisitos de las ofertas;
- 6 Apertura de ofertas;
7. Admisión de ofertas;



8. Adjudicación, y

9 Perfeccionamiento o formalización del contrato.

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

Por otro lado, existen algunos casos en los que es necesario contar con autorización previa a la contratación otorgada por los órganos de control presupuestal competentes, como es el caso de que el compromiso rebase las asignaciones presupuestales aprobadas para el ejercicio en que se celebren los compromisos respectivos, o en el caso de que tales compromisos se tengan que afrontar con créditos interno o externo. "Resultan aplicables a este respecto las disposiciones en materia de presupuesto y gasto público federal. (Artículos 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y 42 y 70 fracción II de su Reglamento)

2 Preparación de las bases o pliego de condiciones.- Es característica de las licitaciones que cuenten con una descripción detallada de la contraprestación requerida por la Administración, que va a constituir el objeto de la contratación.

Esta descripción figura en un documento elaborado por el órgano administrativo correspondiente, denominado base o pliego de condiciones, este documento, se ha dicho, constituye un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la Administración, destinadas tanto a la formalización del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que

detalla en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes.

Por ello, las bases o pliego de la licitación incluye condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, que se resume por un lado en cláusulas de tipo general, las cuales constituyen verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto versan sobre el procedimiento licitatorio en sí; y por otro lado, cláusulas especiales que constituyen disposiciones específicas de naturaleza contractual, relativas al contenido del contrato a celebrar.

En consecuencia, la preparación de las bases constituye una etapa muy importante del procedimiento licitatorio, pues en ellas la Administración determinará qué es lo que quiere contratar, la forma y condiciones en que lo hará, así como las obligaciones y responsabilidades de las partes contratantes.

Las bases de licitación producen efectos jurídicos propios, en cuanto que la Administración Pública 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. Por otro lado, las bases obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas y siguen obligando al adjudicatario como al contrato mismo.

“En cuanto a la naturaleza jurídica de tales bases, no existe en la doctrina consenso, pues para algunos tratadistas constituye un acto administrativo, sujeto para su validez a todas las condiciones de tales actos, como son: competencia, objeto, causa, fin y forma. Sin

embargo para otros, tal apreciación es errónea, ya que consideran que si las bases expresan el contenido del contrato, ellas deben participar de tal naturaleza<sup>n28</sup>.

Independientemente de las consideraciones anteriores podemos concluir que las bases tienen una naturaleza jurídica mixta: contractual y reglamentaria.

Contractual.- Serán aquellas cláusulas que establezcan derechos y obligaciones de los oferentes y del adjudicatario. Reglamentarias.- Serán aquellas que regulen el procedimiento licitatorio.

Con relación a los tipos de bases de licitación, éstas pueden ser: generales y especiales. Las primeras son las que se elaboran para aplicarse a todos los contratos de la Administración, o por lo menos una categoría determinada de los mismos, por lo que su preparación y aprobación no se realiza para cada licitación, sino que ya se encuentran efectuadas previamente.

Por su parte, las bases especiales, se elaboran y aprueban por cada una de las licitaciones y contratos que celebra la Administración Pública. Ellas constituyen complementos, para cada caso concreto, de las bases generales.

Por último, con base al principio de la legalidad que rige el ejercicio de las funciones públicas, y conforme al cual las autoridades sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza, la elaboración de las bases debe efectuarse por las autoridades administrativas que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, tengan competencia para hacerlo, ya que de

---

<sup>28</sup> Ibidem pag 41

no hacerse así, el contrato sería nulo de pleno derecho por vicios en la elaboración o aprobación de las bases.

3. Publicación de la convocatoria.- Siendo una característica de la licitación pública la invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contratar con la Administración Pública, la forma por medio de la cual se logrará la indeterminación del destinatario de esa invitación es a través de la publicación de la convocatoria respectiva, la cual se hace en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los periódicos privados de mayor circulación en el país, así como en uno de la entidad federativa en donde se aplicará el producto adquirido, o bien donde se realizará la obra pública, según sea el caso.

Son las normas jurídicas las que establecen cuáles son los medios publicitarios en donde debe publicarse la convocatoria, y , por ello, tales medios resultan obligatorios para el órgano convocante. Empero, nada impide que el llamado a la licitación pública se haga a través de otros medios de difusión que se juzgue conveniente para facilitar la concurrencia de los interesados y así lograr la finalidad de la licitación.

La elección de los otros medios publicitarios constituye una facultad discrecional de la licitante, aunque no debe ejercerse caprichosamente, puesto que una excesiva utilización de tales medios que lleguen a resultar innecesarios, daría lugar a responsabilidad del servidor público que los ordene por el ejercicio de recursos económicos de manera injustificada.

Dicha convocatoria deberá contener los requisitos necesarios a fin de que los posibles interesados estén en condiciones de presentar sus ofertas, por lo que de manera

general deberán contener: a) el nombramiento, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante; b) el objeto de la licitación; c) lugar, día y hora en que tendrá lugar la apertura de los sobres con las propuestas.

La omisión de la publicación de la convocatoria, así como de los requisitos que la misma deba contener, que impliquen una publicación incompleta, confusa, deficiente e imprecisa, son causas que determinan la nulidad de la licitación, por violación a la formalidad de la publicación

La publicación de la convocatoria también está sujeta al requisito de debida anticipación con que debe efectuarse, para que los interesados tengan el tiempo necesario y suficiente para estar en aptitud de reunir las condiciones del llamado, adquirir las bases y preparar sus ofertas.

A la convocatoria también le son aplicables las reglas de competencia, razón por la cual debe ser admitida por el órgano administrativo que tenga facultades para hacerlo, ya que de lo contrario la licitación y, en su caso, el contrato, estarían afectados de nulidad de pleno derecho por vicios de incompetencia en la publicación de la convocatoria.

4 Presentación de las ofertas o propuestas.- Efectuada la publicación de la convocatoria respectiva, todos los interesados podrán presentar sus ofertas. En la licitación pública pueden hacerlo todas las personas que no tengan impedimento legal para realizar el suministro, obra o servicio licitado, y que satisfaga los requerimientos de la convocatoria y bases respectivas.

Aunque la licitación pública va dirigida a todos los posibles interesados en contratar con la Administración Pública, los ordenamientos jurídicos que regulan este tipo de selección del contratante de la Administración contemplan, una serie de requisitos que los oferentes deben satisfacer para que legalmente puedan ofertar

Uno de los requisitos más importantes que deben satisfacer los oferentes es el de constituir una garantía, a fin de garantizar la seriedad de sus proposiciones la cual consistirá en fianza otorgada por compañía debidamente autorizada.

La garantía conocida como precontractual, o también denominada garantía de oferta o garantía de mantenimiento de propuestas, deben otorgarla todos los oferentes, ya que tiene como finalidad asegurar el mantenimiento y la seriedad de la oferta, durante el plazo legal que será hasta la fecha de la emisión del fallo.

De igual manera, los oferentes tienen que cumplir con las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por el órgano convocante y, además, en materia de obras públicas se exige el requisito de la experiencia necesaria para la ejecución de los trabajos.

También es requisito que los licitadores presenten sus ofertas ante el órgano convocante hasta la fecha y hora fijada en la convocatoria, y que las mismas reúnan los requisitos de forma y de fondo exigidos por la legislación aplicable y por el pliego o bases de licitación que para ese procedimiento se hubieren elaborado.

La presentación de ofertas debe reunir las siguientes características:

- a) Debe ser secreta, por lo que su entrega será en sobre cerrado;
- b) Debe hacerse en lugar, hora y día previamente establecidos;
- c) Debe hacerse por el oferente o persona debidamente autorizada;
- d) Debe hacerse con las condiciones establecidas en el pliego para la licitación;
- e) Debe ser inalterable, y
- f) Obliga al oferente a mantenerla vigente durante el plazo fijado en las bases o hasta el momento de la emisión del fallo.

Esta última característica implica que durante ese plazo los oferentes no pueden retirar sus propuestas, y si lo hacen perderán la garantía de seriedad que hubieren otorgado.

Por último los interesados que hayan reunido los requisitos establecidos en las bases correspondientes, adquieren un verdadero derecho subjetivo para participar en tal procedimiento y para presentar sus ofertas, por lo que si el órgano administrativo se negara a recibir la oferta, dicho licitador tendrá a su alcance los medios impugnativos establecidos por la ley para defensa de ese derecho.

Pero la existencia del derecho para participar en la licitación no implica que lo tenga para ser adjudicatario del contrato, ya que para ello sólo tiene un mero interés legítimo, al tener sólo la expectativa de ser adjudicatario.

5. Requisitos de las ofertas.- El interesado que desee participar en la licitación debe tener cuidado en la preparación de su oferta, ya que de la redacción, confección y presentación de la propuesta depende que su proposición sea aceptada.

La doctrina ha considerado que la oferta debe contener ciertos requisitos jurídicos los cuales clasifica en tres categorías. *a) subjetivos; b) objetivos y c) formales*. Los subjetivos se refieren a la persona del proponente; los objetivos al contenido de la oferta y los formales al trámite, documentación e instrumentación de la propuesta.

Los requisitos subjetivos se refieren al sujeto o personal que pueden presentar su oferta. Es decir a quiénes pueden ser oferentes, licitadores o proponentes.

Pueden ser oferentes todas las personas físicas o jurídicas (morales), privadas o públicas, que satisfagan los requisitos que al efecto establezcan las disposiciones jurídicas.

En primer lugar, las personas físicas o jurídicas que participen en la licitación pública lo harán siempre y cuando posean plena capacidad jurídica para celebrar contratos. Por ello, la oferta debe ser formulada por el licitador o, en su defecto, por su representante legalmente autorizado.

La emisión de ofertas hechas por terceros en representación debe hacerse de acuerdo con los términos del contrato de mandato respectivo. Dicho mandato debe ser especial o general para actos de Administración o de dominio. El mandato para pleitos y cobranzas no es idóneo para actuar en una licitación.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.



Tratándose de las personas físicas, el artículo 450 del mismo ordenamiento establece que tienen incapacidad natural y legal:

I Los menores de edad;

II Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún vicio.

Por su parte el artículo 5o. del Código de Comercio establece que toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo.

Asimismo el artículo 12 de dicho ordenamiento establece que no pueden ejercer el comercio. a) los corredores, b) los quebrados que no hayan sido rehabilitados; c) los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión. Por lo que respecta a las personas jurídicas colectivas, el artículo 2o. de la Ley General del Sociedades Mercantiles señala que se entenderá que tienen capacidad legal cuando hayan sido inscritas en el registro Público de Comercio, o cuando no lo estuvieren se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, conste o no en escritura pública.

En tal virtud, la incapacidad deriva del derecho privado, que tienen las sociedades para participar en una licitación es la de haber sido declarados quebrados y que no se encuentran rehabilitados.

Por lo que se refiere a los incapaces, civilmente personas físicas, éstos pueden elaborar sus ofertas siempre y cuando lo hagan a través de sus representantes legales, las personas jurídicas lo harán por conducto de sus órganos que los representen, o por medio de sus mandatarios

Otra incapacidad, que se deriva del derecho administrativo, la constituye la prohibición que tienen las personas físicas o morales para participar en una licitación cuando en sus respectivas empresas participe el servidor público que deba decidir directamente, o al que le hayan delegado la facultad de decidir sobre la adjudicación del contrato, o su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, sea como accionista, administradores, gerentes, apoderados o comisionistas; así cuando tales personas por causas imputables a ellos se encuentren en mora respecto de la ejecución de otras obras *públicas o adquisiciones*, *arrendamientos* o prestación de servicios.

Por su parte, son requisitos objetivos los que se refieren al contenido de la oferta, y que hayan sido agrupado en dos categorías: A) del objeto, y B) del precio, los cuales es menester que se adecuen a las reglas establecidas en las bases de licitación.

A) Del objeto.- Este se encuentra vinculado al contenido de la prestación que se ofrece (obra pública, servicios, arrendamientos, suministros, etc.), por lo que la oferta debe

ajustarse a las condiciones requeridas por la licitante y que se encuentran plasmadas en las bases y demás normas legales y reglamentarias aplicables.

Dentro de las exigencias que tales disposiciones establecen podemos señalar que aquella que preceptúa que la oferta debe indicar con precisión entre otros requisitos los siguientes datos:

- 1 Origen del bien cotizado;
2. Garantía de seriedad y carta de compromiso;
- 3 Manifestación escrita de conocer el sitio de realización de los trabajos;
5. Programa de ejecución de los trabajos y utilización de maquinaria y equipo de construcción y,
6. Calidad, cantidad, época y lugar de entrega de los bienes o trabajos ofertados.

B) Del precio.- Este requisito consiste en la contraprestación solicitada por el oferente a la licitante, por la obra, servicio, arrendamiento o suministro a contratar.

El precio en la oferta debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) en dinero, y b) cierto e incondicionado.

a) En dinero, de acuerdo por lo establecido en los artículos 134 Constitucional, 25 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y 39, 40, 69 y 70 de su Reglamento, la contraprestación exigida con la oferta deberá ser en dinero, en virtud de que el contrato que se efectuará implica la erogación de fondos públicos que inciden en el presupuesto de egresos aprobado al órgano licitante.

La cotización en dinero normalmente se efectúa en moneda nacional aunque también puede ser extranjera, puesto que no existe prohibición para que así se pacte, conforme a lo previsto por el artículo 79 del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y 16 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones. Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles

Se considera que excepcionalmente la oferta puede cotizarse en otros bienes que no sean dinero, pero siempre y cuando así se establezca en las bases de licitación.

b) Cierto e incondicionado.- El precio ofertado debe reunir los requisitos de certeza e incondicionalidad, por ello, cuando el mismo se presenta de manera indeterminada o no es claro o preciso, o se condiciona, la propuesta debe ser rechazada.

El precio será indeterminado cuando no se fije claramente la cantidad que como contraprestación pretende el oferente. Tal situación puede presentarse, por ejemplo, cuando se propongan porcentajes de reducción sobre la base del precio que cotice el oferente mejor colocado.

Por otra parte, el precio será condicionado cuando el oferente establezca requisitos a cargo de la convocante o de terceras personas; por ejemplo cuando señale que el precio que oferta se mantendrá siempre y cuando se rechace a un licitador, o que no se le impongan sanciones en caso de incumplimiento del contrato, o que la adjudicación se realice antes del plazo establecido, o que la validez de la oferta se sujete a la existencia de determinadas divisas.

Por otra parte tenemos que existen requisitos formales que consisten e la forma de documentación o instrumentación que los licitadores deben observar en la presentación de sus ofertas.

Los requisitos formales son: a) oferta escrita; b) firmada; c) clara e incondicionada; d) secreta, y e) lugar y fecha de presentación.

a) Oferta escrita.- Conforme a nuestro sistema jurídico positivo la presentación de la oferta se hará por escrito.

El carácter escrito de la oferta en nuestro sistema se desprende del hecho de que los ordenamientos jurídicos que regulan la licitación prevén que las ofertas se presentan en sobre cerrado, y a los requisitos que deben satisfacer la proposición y la lectura que se hará de ellas en el acto de apertura, lo cual implica que necesariamente dichas ofertas deben presentarse por escrito.

Independientemente de lo anterior, dicho carácter escrito de la oferta se desprende también de manera expresa de lo estipulado por el artículo 270 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria

La aplicación supletoria de dicho Código procesal es materia de procedimientos administrativos, como lo es la licitación pública, ha sido aceptada por los Tribunales Federales, como se consigna el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al respecto ha establecido:

**PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.**- El Código Federal de Procedimientos Civiles debe estimarse supletoriamente aplicable (salvo disposición expresa de la ley respectiva), a todos los procedimientos administrativos que se tramiten ante las autoridades federales, teniendo como fundamento este acertó, el hecho de que si en derecho sustantivo es el Código Civil que contiene los principios generales que rigen a las diversas ramas del Derecho en materia procesal dentro de cada jurisdicción, es el Código respectivo el que señala las normas que deben regir los procedimientos que se sigan ante las autoridades administrativas, salvo disposición expresa en contrario; consecuentemente la aplicación del Código Federal de Procedimientos Civiles por el sentenciador, en ausencia de alguna disposición de la ley del acto, no puede agraviar al sentenciado<sup>29</sup>

Por otra parte por cuanto al tipo de escritura, en virtud de que no existe norma que lo establezca, la oferta puede presentarse a máquina o manuscrita

Por lo que hace al idioma, de acuerdo, con el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles, deberá hacerse en idioma español, y en los casos en que la oferta se presentara en idioma extranjero, tendrá que acompañarse la correspondiente traducción.

b) Firmada.- La oferta debe ser firmada por el oferente, o en su caso, por su representante legal. Dado que la firma constituye un requisito formal de todo acto jurídico, ya que a través de ella es como se exterioriza la voluntad de su autor, la ausencia de ella dará lugar al rechazo de la oferta, en virtud de que si tal requisito constituye un documento anónimo sin valor legal alguno.

c) Clara e incondicionada.- La oferta deberá presentarse en forma clara e indubitable, en tanto que no se emplearán abreviaturas, ni raspaduras ni enmendaduras. De existir frases equivocadas deben ser salvadas en el cuerpo del escrito de la oferta, con línea

---

<sup>29</sup> Jurisprudencia. Segunda Sala. Sexta Época. Vol. CXVII, Tercera Parte, pag. 87

delgada sobre el error, corrigiéndole con toda precisión, según lo prevé el artículo 272 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria.

Por otro lado, la oferta no podrá presentarse condicionada, pues ello debe hacerse en forma seria y concreta. Así verbigracia, sería condicionada una proposición en la que se ofrezca como precio el 80% de la mejor oferta entregada por otro participante, o una rebaja del 20% sobre aquella que llegara a representar la más conveniente.

d) Secreta.- La oferta debe cumplir con este requisito, y por ello debe presentarse en sobre cerrado y lacrado, el cual será abierto públicamente, en el día y hora previamente señalados

e) Lugar y fecha de presentación.- La oferta deberá ser entregada en el día y hora en que tendrá verificativo el acto de presentación y apertura, que se haya fijado en la convocatoria.

6. Apertura de ofertas.- una vez que se ha vencido el plazo para la admisión de las ofertas, en sesión pública, en el día y hora previamente establecidas en las bases, la convocante procederá a la apertura de las ofertas propuestas.

La apertura constituye un acto formal en el que intervienen los servidores públicos de la convocante, así como funcionarios de las dependencias de control (Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, y en caso de los Organismos Descentralizados, su respectiva coordinadora de sector), ante la presencia de

los oferentes y otros servidores públicos o privados que haya invitado la licitante a dicho acto.

Esta fase es de carácter procedimental y tiene como finalidad que se haga del conocimiento públicos las ofertas que oportunamente se recibieron.

La apertura de los sobres y la lectura de las propuestas traducen una operación material y un acto de trámite de la administración, respectivamente, por lo que se permite a los oferentes tener conocimiento de todas ellas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad de la licitante y su trato igualitario. El acto es verbal y actuado, porque las leyes imponen el levantamiento de un acta que refleje todo lo acontecido durante su desarrollo.

Dicha acta constituye un requisito de validez de tal diligencia, pues es el documento en el que se deja asentado todo lo que ahí aconteció, en la que se incluyen las observaciones hechas por lo oferentes respecto de la irregularidad de tal acto, y la cual para su validez debe ser firmada por lo servidores públicos que hayan intervenido y por lo oferentes que quieran hacerlo, aunque en este último caso la falta de firma de éstos no afecta la legalidad del acta

En el acto de apertura no se estudian las ofertas de fondo, sino sólo se verifican los requisitos formales, pues tal operación que queda postergada para otra fase del procedimiento licitatorio.



7 Admisión de las ofertas.- la admisión de ofertas constituye un acto de la Administración que reviste la forma jurídica de un acto administrativo cuyo objeto es admitir a los licitadores a la fase de evaluación de las proposiciones, y cuyo efecto es investir al proponente aceptado de una determinada situación jurídica de la que nacen derechos y obligaciones que el régimen jurídico establece.

La admisión puede ser expresa o tácita. En la primera la convocante refiere expresamente cuál o cuáles son las ofertas admitidas, en cambio en la segunda puede darse el caso de que la licitante se pronuncie sólo de las ofertas rechazadas, lo cual implica la aceptación tácita de las otras ofertas

Entre los derechos y deberes recíprocos de la licitante y del licitador, que como efectos jurídicos de la oferta pueden surgir, tenemos los siguientes:

a) Admitida la oferta nace para el licitador el derecho, y recíprocamente el deber del órgano licitante, de tomar en cuenta dicha oferta, al efecto de seleccionar la más conveniente para el Estado, por lo que su inconveniencia deberá estar debidamente fundada y motivada.

b) Admitida la oferta surge para el licitador el deber de mantenerla de manera inalterable, ya que no la puede modificar

En efecto el oferente no puede modificar su propuesta después de la apertura ya que de hacerlo desaparecería la igualdad que debe existir entre los licitadores. Los concurrentes tienen el derecho a la inalterabilidad de las propuestas de las demás , pues ello permite una

real oposición entre ello lo cual, también no sería posible si se les permitiere mejorar sus ofertas, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura. Las modificaciones ulteriores sólo podrían ser factibles siempre que sean meramente formales, pero nunca de fondo ya que no se puede alterar la situación de los licitadores entre sí.

c) también surge el deber del licitador admitido a mantener o sostener su oferta, durante el plazo fijado, el cual es hasta la fecha en que se emita el fallo respectivo, obligación que deja de surtir efectos a partir de tal evento, para los licitadores que no hayan sido adjudicatarios; en cambio, para el ganador tal deber subsiste hasta el cumplimiento de contrato respectivo

El desistimiento o retiro de la oferta, antes del vencimiento del plazo, acarrea para el oferente la obligación de indemnizar a la Administración Pública, por lo daños y perjuicios causados, reparación que de acuerdo con nuestro sistema jurídico positivo se traduce en la pérdida de la garantía de seriedad otorgada.

d) La aceptación de la oferta origina el derecho del oferente de que, en caso de empate, pueda mejorar su propuesta.

8. Adjudicación.- Constituye un acto de la Administración Pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.

Previamente a la adjudicación, el órgano convocante debe proceder al estudio y análisis de las ofertas aceptadas, a fin de estar en posibilidad de conocer cuál de ellas es la más conveniente para el Estado.

“En cuanto a la naturaleza jurídica de la adjudicación, la doctrina se haya dividida en dos teorías. Para unos constituye un acto administrativo, sujeto a los requisitos que ellos comprenden. En cambio, otros consideran que tal acto sólo es una declaración unilateral de la voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el oferente, y que no es más que la aceptación que la Administración Pública hace formalmente de la oferta más conveniente, perfeccionando el contrato.”<sup>30</sup>

A fin de determinar la naturaleza jurídica de este acto se debe considerar que constituye la última fase del procedimiento licitatorio, que se efectúa para la preparación de la voluntad contractual administrativa y que produce los siguientes efectos:

a) Libera a los licitadores, cuyas ofertas hayan sido desestimadas, de cualquier obligación, así como a retirar sus documentos y garantías.

b) Notificada la adjudicación al beneficiario, queda concertada la contratación, con independencia de su formalización en el instrumento respectivo; por ello nace el derecho del adjudicatario de ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le ocasionen por la negativa del órgano convocante a la realización del contrato respectivo.

c) Constituye el punto de partida conforme a la cual comienzan a generarse los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

d) Obliga a la Administración Pública a mantener inalterables las bases de la licitación.

e) Da lugar a la obligación del adjudicatario de integrar la garantía del cumplimiento del contrato.

De lo anterior se desprende que la adjudicación es un acto unilateral de la licitante, del que se desprenden derechos y obligaciones para las partes que intervienen en el procedimiento de licitación, por lo que su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo.

Por otro lado, si bien la adjudicación constituye una declaración de voluntad unilateral, expresada en uso de facultades discrecionales, las mismas se haya limitada por dos condiciones. a) que se emita con arreglo en lo previsto en las bases de licitación y demás disposiciones jurídicas aplicables; b) que recaiga en la oferta que resulte la más conveniente para el Estado.

Por ello como señala Manuel Lucero al citar a Bercaitz "La elección la efectúa la Administración Pública en el ámbito de sus facultades discrecionales, pero siempre dentro de su obrar jurídico. Debiendo fundarse la decisión que se tome, toda falta de concordancia entre los datos culturales, ideales o materiales invocados y la realidad, justificaría el ataque del acto de adjudicación por un recurso de exceso o desviación de poder, y aun también por ilegalidad, si la violación de los principios constituyen la sustentación de la licitación fuera grave, torpe y manifiesta."<sup>31</sup>

---

Lucero Espinosa, Miguel Op Cit pag 55.

<sup>31</sup> Ibidem , pág. 56

Por último en relación con la idea anterior, resulta menester señalar cual es la situación jurídica que guardan los licitadores frente a la Administración Pública con respecto a la adjudicación.

Así tenemos que frente a tal acto, los licitadores carecen de un derecho subjetivo, puesto que sólo lo tienen para participar en el procedimiento licitatorio, y a que la adjudicación se haga en forma debida, pero no para ser adjudicatarios, ya que para esto sólo tienen un interés legítimo.

9. Perfeccionamiento o formalización del contrato.- Realizada la adjudicación ésta debe ser notificada al oferente seleccionado, diligencia que en algunos casos llega a constituir el perfeccionamiento del contrato respectivo y, por lo tanto, la Administración Pública se encuentra en posibilidad de efectuar el pedido del bien o servicio correspondiente.

En cambio en otros casos es necesario la formalización o instrumentación de contrato correspondiente, lo cual se llevará a cabo dentro del plazo que al efecto establezca la ley respectiva, plazo que normalmente se computa a partir de la notificación de la adjudicación de que se trate

Al respecto se considera que el contrato se perfecciona con el otorgamiento de ese documento, es decir, a partir de la firma del contrato, el cual servirá además, como elemento eficiente para la prueba de la contratación, que de otro modo se hará por la constancia del acto de adjudicación y su notificación y los documentos anexos a aquél.

### 3.7. Estudios sobre la licitación pública en la Legislación Argentina.

La licitación pública para ciertas categorías de contratos de la Administración implica una limitación legal o reglamentaria del poder discrecional de los agentes públicos para adjudicar un contrato, y no obstante el principio general que es la discrecionalidad, este poder discrecional del agente público encontrará en la enorme expresa su aplicación específica y concreta para determinado contrato, limitación, ésta que adquiere diversa denominación según el tipo de contrato, ya que por ejemplo, en materia de contrato de función pública, la adjudicación de la función o empleo puede revestir la forma denominada "concurso", y que implica la selección del candidato más idóneo para el ejercicio de la función pública.

Existen contratos administrativos que por su menor monto suelen eximirse de la obligatoriedad de la *Licitación Pública*, como ocurre en la materia de obra pública o suministro, en que se exime de la solemnidad de la subasta, y pueden ser licitados o contratados directamente.

Puede decirse que en materia de contratos administrativos, la licitación pública es la regla general, siendo la excepción la contratación por el procedimiento de invitación restringida, en sus dos modalidades: invitación a cuando menos 3 proveedores o contratistas, según sea el caso, o bien, adjudicación directa.

Mediante la licitación, el agente público elige al contratante más idóneo, es decir, opta por la oferta más conveniente, la que reúna las mejores características técnicas y financieras, a la par que moral "No es el precio más bajo un requisito único, porque a veces

convienen al interés público perseguido una oferta más cara, pero que reúna otros aspectos incuestionables de conveniencia, ya que en el concepto de idoneidad del contratante, como el de calidad o cualidad de la cosa o bien suministrados, es necesariamente muy estimable, para una razonable y racional adjudicación, sobre lo que no puede asentarse una regla general, dado que adquiere en la contratación una flexibilidad de apreciación, que no puede reducirse a fórmulas concretas y exclusivas. Aunque en el fondo, todo lo que sea selección por licitación, concurso o remate, encierre un propósito de moral administrativa, para evitar los negociados, los privilegios personales, y toda clase de operaciones contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres<sup>32</sup>.

“No hay que confundir la licitación pública como requisito general en los contratos administrativos, con los contratos privados o directos, realizados por la Administración precedidos de un llamado licitación, como ocurre, por ejemplo, en los contratos celebrados por los ministerios y Secretarías de Estado militares, en que resulta necesario conservar el secreto, perfectamente explicable, pero que sufren otro tipo de control administrativo, autorizaciones o aprobaciones; o también cosas excepcionales de poseedores únicos, máquinas patentadas, suministros especiales o urgentes, o los casos en que hayan fracasado los llamados a licitación pública, o bien aquellos casos de artistas, profesionales, comerciantes, fabricantes únicos y exclusivos, etc. Pero en estos llamados a concursos de licitaciones en contrataciones privadas o directas del Estado, el control adquiere caracteres peculiares, y que en materia militar a base se excluyen hasta del control hacendal externo del Tribunal de Cuentas, salvo que el poder ejecutivo resuelva expresamente dicho control

---

<sup>32</sup> C. ANASI, José Derecho Administrativo Vol. 2 (s e ) Buenos Aires Argentina Edit. Depalma 1924 pag 514

hacendal, explicable, por cierto, por el fin secretario que interesa a este tipo de contrataciones.<sup>33</sup>

En el pliego de condiciones, que es la base del llamado a licitación pública, y que es la ley del contrato, se les hace saber a los interesados en el contrato administrativo, que las propuestas obligan a las partes hasta el vencimiento del plazo establecido para la aprobación y notificación y que ellas significan una aceptación formal del compromiso contraído. Esto para el particular, por cuanto la Administración, en cambio no contrae ninguna obligación, ya que elige en la licitación los ofrecimientos que le parecen mas convenientes o ventajosos. “No está obligada a dar a los competidores desplazados, los motivos que han conducido al rechazo de sus ofrecimientos.” La elección hecha por la Administración no puede originar ninguna reclamación de parte de los competidores.

Como se ha visto, la licitación pública es una limitación establecida por la ley o reglamentación a la discrecionalidad o amplitud de facultades que la Administración tiene para elegir a las personas con las cuales contrata.

En su esencia la licitación pública, en los contratos administrativos, como en todo negocio jurídico, en que están en juego los intereses públicos o generales del país, equivale a asegurar y gozar lo que es de valor propio para todos. El Estado no sirve de intermediario para adquirir valores, si no que él mismo es un complejo de valores, un mundo de valores de los que sólo participa el ciudadano.

---

<sup>33</sup> Idem



En este orden de ideas, se puede considerar que la licitación pública es un procedimiento administrativo que comienza con la confección del pliego de condiciones que se elabora en las oficinas técnicas administrativas y termina jurídicamente con la adjudicación, a la oferta más conveniente, que es cuando se perfecciona el contrato administrativo, siendo el requisito de la escritura pública una formalidad, que a veces exigen las leyes, y otras veces no, por cuanto ya en sí el expediente administrativo y todas sus actuaciones constituyen el instrumento público.

Tres ideas esenciales dominan el mecanismo de la licitación pública, y son las siguientes: a) *publicidad*; b) *competencia* y c) *igualdad*; todas ellas son propias de todo contrato administrativo, aunque diferentes en diversos detalles, de la naturaleza propia de cada contrato. Los contratos de obras, suministros o transportes en nombre del Estado, se hacen con competencia y publicidad.

En nuestro país, los contratos administrativos se rigen primeramente por las leyes especiales y supletoriamente por el Código Civil.

“Así se dice que la subasta pública o licitación constituye una formalidad esencial de los contratos de derecho público, tendiente a asegurar el prestigio de la Administración y la probidad de sus agentes, en beneficio del bien general. Garantiza que se han procurado las mejoras condiciones y las mayores seguridades en la concertación del contrato, ya que el Estado, a diferencia de la persona privada, no obra por sí mismo, si no por intermedio de sus representantes legales. No por supuesta supremacía de la Administración pública, si no por el carácter colectivo del Estado y para garantizar la lealtad de sus representantes en

los contratos, en que la estipulación de éstos se somete a ciertas solemnidades: como son la subasta y el pliego de condiciones.”<sup>34</sup>

Estas finalidades, tan necesaria a la correcta gestión administrativa, justifican que la omisión de dicha formalidad, por lo mismo que ésta reviste el carácter substancial, implica la nulidad del acto así realizado. Es uno de los casos de nulidad por defecto de forma, nulidad manifiesta y absoluta. En Derecho Público, las formalidades tienen gran importancia y condicionan decisivamente la validez de los actos jurídicos.

Este elemento de la conciencia está suplido por la multiplicidad de las formalidades, merced a las cuales en el procedimiento de la operación participan una nulidad de agentes que se intervienen reciprocamente. Por tanto, las formas no solo limitan las atribuciones de cada gente, sino que exigen que otros los controlaran; de ahí la trascendencia y gravedad de que se omita una formalidad. Y por ello, es que quien contrata conociendo o debiendo conocer las facultades precisas de los representantes del ente público y los requisitos esenciales impuestos para la validez del acto, afecte de vicio la nulidad del acto, y si esa nulidad es absoluta e invalorable, lo mismo se produce esa convalidación expresa o tácita.

De ahí que quien ingresa como proponente en la licitación que luego le fue adjudicada, debe entenderse que ha sometido su acto por propia voluntad a los preceptos legales que reglan la organización y funcionamiento de la entidad con la cual habría de contratar, su ignorancia al respecto no puede servirle de excusa, y coloca a todos los proponentes de la licitación en un pie de perfecta igualdad. Pero no obstante, ser la licitación

---

<sup>34</sup> *Ibidem* pag. 526

en su conjunto un acto administrativo unilateral, impuesto por ley a la Administración Pública, para la concertación de los Contratos, sus consecuencias jurídicas repercuten en un acto administrativo unilateral: el Contrato Administrativo; de ahí que comprenda en su consecuencia a las dos partes contratantes.

El principio de igualdad es de la esencia de toda licitación.

Se ha considerado que en principio son aplicables a las licitaciones las disposiciones del Código Civil referentes a la forma en que se perfeccionan los contratos por correspondencia, salvo que existan cláusulas especiales distintas de las del Código.

No debe confundirse la Licitación, que es un procedimiento tendiente a la celebración de un contrato, con éste, que es un acto jurídico formalmente bilateral.

Como ya se ha hecho mención, la licitación es un procedimiento que comienza con el pliego de condiciones y termina con la adjudicación; de ahí que los particulares que concurren a una licitación tienen derecho e interés legítimo, y no mero interés simple, de que sus propuestas hechas con regularidad sean consideradas y aplicadas en el momento de la adjudicación; derecho que por estar regido por disposiciones jurídicas preexistentes puede ser reparado jurisdiccionalmente cuando resulte violado, contrariamente a lo que ocurre con el derecho de triunfar por considerar que se ha hecho la mejor propuesta, pues su reconocimiento depende de apreciaciones predominantemente técnicas. "En este fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, se considera que todo proponente, por el sólo hecho de presentarse a la Licitación Pública, cumpliendo con los requisitos formales de la presentación, independientemente de la adjudicación, tiene un interés legítimo, para

accionar judicialmente en el caso supuesto de que el contrato administrativo se hubiera adjudicado, ya sea por exceso de poder, es decir, violándose la competencia, forma y legitimidad del acto o bien violándose el fin querido por la ley, o sea, por desviación de poder. En estos dos supuestos el interesado tiene acción por tener un interés legítimo y ataca el acto administrativo viciado<sup>35</sup>

Todas las propuestas deben coincidir con los pliegos de condiciones que la Administración hace saber a los interesados al formularse el llamado a licitación. Pero si el proponente de la licitación pública condicionó su oferta a que no aceptaría multa por demora en la entrega de materiales, y tal propuesta fue aceptada por la Administración, no puede ésta accionar luego por cobro de dicha multa alegando que tal reserva se apartaba del pliego de condiciones, por tanto carece de validez el contrato que vincula a las partes, cuando la propuesta no concuerda con las bases del pliego de condiciones de la licitación.

En la licitación pública, los proponentes están obligados a mantener sus ofertas originales hasta que sean aceptadas o desestimadas, y hechas las adjudicaciones, se opera el perfeccionamiento del contrato bilateral, que no puede modificarse por la voluntad de una de las partes, las que deben correr los riesgos de los negocios, ya sea que se traduzcan en pérdidas o beneficios

Pero si la oferta hecha a la licitación tenía una condición en las bases que establecía sine que non la provisión por los permisos de cambios bancarios es indudable que su validez estaba subordinada a la atención de los mismo, posición por cierto que no altera las bases impuestas en el pliego de condiciones, sino que el mismo pliego prevé en forma de

---

<sup>35</sup> Ibidem pag 529

condición resolutoria, en el caso de la no obtención del permiso , jugaría como una causa de "fuerza mayor" .

Es otro principio en materia de licitaciones que el alcance de cláusulas anteriores, no puede de manera alguna influir en la interpretación de otras con distinta redacción. Lo que nos lleva a pensar que la interpretación sería estricta, y como es el caso en el caso de contratos administrativos regiría el principio de que el silencio es fatal para los contratantes. La analogía como interpretación cedería ante la distinta redacción de licitaciones anteriores.

Ahora bien, se ha resuelto que se encuentra impedido de retirar su oferta el proponente a quien se adjudicó la licitación dentro del plazo previsto con ese fin, sin que obste que la notificación le haya llegado con posterioridad y cuando ya había comunicado su desistimiento. El fundamento estaría en que el trámite licitatorio es un acto unilateral de la Administración pública que no requiere ser integrado con el consentimiento del adjudicatario si se realiza dentro del plazo de noventa días contados a partir de la apertura de las propuestas. Y si el responsable que determina el fallo aclara que la notificación al adjudicatario es un mero requisito de notificación, ex post facto, en este sentido se dispone que ella se practicará dentro de los cinco días hábiles de firmar la adjudicación. En consecuencia, la adjudicación fue decidida dentro del término de noventa días y notificada en término legal

Por lo anterior, debe considerarse que la Administración no puede anular una adjudicación por meros defectos formales, que no invalidarían la licitación; ni menos alegar razones que fueron dejadas de lado en la substanciación de la licitación.

Es preciso aclarar que la ley que resulta aplicable a la materia procede siempre con propósitos honestos; y no puede tener jamás la intención de fomentar el engaño, favorecer la negligencia, tender redes a la buena fe del comercio, rodeándole de peligros artificiales que lo detengan en sus evoluciones, lo desalienten y aminoren. Por ello, no puede anularse una licitación si no se cuestionan razones de interés público y sí meros defectos formales que en sí no causarían de ningún modo la invalidación del procedimiento administrativo de la licitación. Al respecto, José Canasi al citar a Greca refiere que "la licitación en su conjunto es un acto administrativo unilateral, pero cuyas consecuencias jurídicas repercuten en un acto administrativo bilateral, el contrato administrativo, y que la adjudicación crea un derecho subjetivo al postor elegido, quien desde ese instante, puede exigir el cumplimiento del contrato objeto de la licitación. Pero si la Administración se desiste luego de perfeccionado el contrato por la adjudicación, forzoso es que indemnice al adjudicatario de los daños y perjuicios que le hubiere causado. Tal sería, en síntesis, la consecuencia jurídica del acto administrativo bilateral o contrato".<sup>36</sup>

El "silencio administrativo" puede tener su importancia para establecer la perfección del contrato a los efectos de saber si se ha aprobado la oferta, por aplicación de lo dispuesto en la legislación civil, por cuanto a que el proponente no puede permanecer inerte ante la tardanza de la Administración pública en hacerle conocer que la adjudicación fue aprobada, y es así que el vencimiento del plazo para dicha adjudicación puede intimarla a que diga si la aprobación existe o no, bajo apercibimiento de considerar éste último en caso de silencio, y la eficacia de esa intimación resultaría viable suponiendo que fuera imposible al ofertante averiguar administrativamente si existe o no tal aprobación. Esta posición de reticencia administrativa, que suele ser bastante frecuente en determinados contratos administrativos,

---

<sup>36</sup> Greca, citado por Canasi, Jose Op Cit Pág 532.

licitaciones, concursos, remates, etc.; dado que el silencio opuesto a una obligación de pronunciarse puede encubrir un propósito doloso o engañoso.

La experiencia aportada en la doctrina administrativa, nos demuestra que en materia de contratos administrativos, servicios públicos, obras públicas, suministros, función pública, etc. las licitaciones, concursos, subastas o remates, etc., y todo aquello que implica competición para elegir a las ofertas o propuestas más convenientes, para determinar al "oferente" o "proponente", más conveniente para el estado. Desde el punto de vista de la idoneidad suele ofrecer en la práctica los más variados fenómenos de maniobrar que constituyen una verdadera estrategia administrativa, de artífices burocráticos movidos por intereses políticos y especialmente económicos o por diversas razones personales, nunca jurídicas y objetivas, y que responden exclusivamente a defender los intereses públicos que son de carácter general. De ahí que constituye la mayor fuente de los actos administrativos los que son contrarios no sólo a una regla de derecho interpretada por la Administración torcidamente, sino aquéllos dictados por desviación de poder que constituye estrictamente un vicio jurídico, inspirado en un fin distinto sea de interés público o privado, o de aquél que se tuvo en vista al conferirse los poderes jurídicos de la Administración, con fines extraños a los intereses privados y que desemboca en un autoritarismo arbitrario de la función pública.

Sobre el particular, Héctor Giorgi comenta "el fin ilícito queda oculto en la intención, en lo puramente subjetivo del autor del acto, dificultando el control jurisdiccional".<sup>37</sup>

José Canasi, destaca que los más grandes escándalos jurídicos en Argentina están matizados por verdaderos negocios públicos o administrativos que sufren variantes

cuantitativas y cualitativas y que recorren la gama de los delitos de los funcionarios públicos, al tratar la responsabilidad penal y las correspondientes civil y administrativa y también política de quienes intervienen en los actos administrativos, y muy especialmente en materia de incompatibilidades entre la función pública relevante y la actividad privada, y no solamente las inhabilidades.<sup>38</sup>

Así tenemos que, la adjudicación es la última etapa del proceso de la Administración pública. Las anteriores son la confección del pliego de condiciones por las oficinas técnicas, la publicidad, la presentación de las propuestas u ofertas en sobre cerrado, todo ello en función de las normas legales que rigen la contratación, que el Estado dicta para normar los procedimientos de contratación por la Administración. A ello debemos adicionar las normas del derecho privado y los principios generales del derecho, en subsidio del pliego de condiciones hasta la adjudicación.

Así tenemos por ejemplo, que los contratos administrativos se rigen por las disposiciones especiales, y además por el pliego de condiciones que sirve de base a la licitación, no lo es menos que son de aplicación, en subsidio, las normas del derecho privado a falta de otras expresas. En consecuencia, si se considera, en el caso, ambigua la aplicación que ha de darse a la cláusula del pliego que adjudica al adjudicatario ha requerir nuevos análisis o ensayos, y a someter las cosas vendidas y rechazadas al peritaje pedido por el vendedor.

---

<sup>37</sup> GIORGI, Hector. El Contencioso Administrativo de Anulación. (s p i ) Montevideo, 1958 pag. 219 y ss.

<sup>38</sup> C. ANASI, Jose. Op. Cit. pag. 534



Continuando con el estudio de Canasi, al respecto establece que "todo contrato administrativo tiene en el derecho privado su congénere que se le asemeja; así tenemos al contrato de suministro con el de compraventa; el contrato de obra pública con la locación de obra; la concesión de servicios públicos con la locación de servicios; lo mismo el contrato de función pública, el de concesión de obra pública, el contrato de empréstito público; que respectivamente se asemejan al de servicio público, a la *locatio conductio operis* y al de mutuo, etc."<sup>39</sup>

Coincidentemente, Canasi al citar a Héctor Lafaille, indica que éste sostiene que estos contratos excedentes trascienden el campo del derecho privado y tienen un régimen jurídico distinto, pues su ámbito, su actuación, está en el derecho público, y en él se encuentran sus fuentes. Y es por ello que la doctrina enseña y la jurisprudencia acepta, que la celebración, perfeccionamiento y ejecución de los contratos administrativos tienen, por lo general, un régimen legal especial.<sup>40</sup>

Por otra parte, en materia de desistimiento rige el principio de que si el oferente desiste de la propuesta antes del vencimiento del término fijado para mantenerla y sin que se le notifique la adjudicación, incurre en incumplimiento del ofertado, haciéndose posible la sanción prevista por el pliego para estos supuestos. Así también si al presentarse al llamado de la licitación el oferente conocía perfectamente las obligaciones que le incumbían una vez que la adjudicación quedará perfeccionada; producida ésta, su desistimiento posterior resulta extemporáneo, y en tal situación el demandado no tenía otra solución que la de dar estricto cumplimiento a la oferta que formuló a la actora, y al no hacerlo, se hace acreedor a

---

<sup>39</sup> Idem  
<sup>40</sup> Op Cit pág 536

la pérdida de la garantía de la oferta depositada, así como también está obligado a integrar la garantía de la adjudicación, ya que no lo hizo dentro del término previsto al de recibida la comunicación de la adjudicación.

En el supuesto de que habiéndose desistido de la licitación, el licitante pide a los licitadores que mantengan sus ofertas a los fines de llegar a una contratación directa; en tal caso, la inalterabilidad de los precios ya no rige, por que el procedimiento de licitación ya adjudicación ha terminado, y si los licitantes se avienen a no modificar su oferta, es por su libre y espontánea voluntad expresada en el momento mismo de acceder al requerimiento, que a partir del cual deben computar sus efectos, o sea, desde el momento de la dicha contratación directa.

Así pues, tenemos que el pliego de condiciones es ley para los licitantes, sin poderse apartar de sus especificaciones, ya que es el cuerpo en donde se contienen las distintas modalidades que con fuerza vinculante acerca las voluntades de los licitantes y de la repartición licitatoria. Y como consecuencia de ello, si según el pliego de condiciones, no es suficiente para que cese la responsabilidad de entrega de los licitantes el vencimiento del plazo de mantenimiento de la oferta por el término de treinta días, pues vencido éste, y si se quiere desistir, deberá comunicarse tal voluntad en forma expresa y por escrito a la repartición que verifique a la licitación, debe refutarse en el caso tardío en desistimiento hecho con posterioridad al habersele adjudicado la provisión de determinados elementos y al habersele requerido su entrega.

También lo es que si el desistimiento de la demandada, conforme a las probanzas de autos, fue anterior a la comunicación de la actora adjudicándole la licitación, por consiguiente aquél fue hecho en término pese a la prórroga que concedió. Se intuye de ello

que no fue culpable de la rescisión de la licitación, no correspondiéndole aplicar las medidas de sanción que fijan las condiciones generales. Si el adjudicatario no quiso prevalecer de la caducidad automática de su oferta, mediante el plazo mínimo para su mantenimiento, si prescinde de ambos al expresar que se reserva el derecho de desistirla, con lo que concede un plazo de gracia, en espera, sin lugar a dudas, de que el adjudicadora le notificara la notificación de la adjudicación. Son pues, como puede observarse distintos supuestos de desistimiento, según las previsiones del pliego y las circunstancias que rodean cada caso en particular, dentro de las normas generales del acto administrativo y de los principios generales que rigen la contratación administrativa. Por ello es que si a la fecha de notificación el adjudicatario no sólo no ejerció el derecho de desistirse, por haber caducado en forma automática el plazo, sino que se limitó a hacer reserva de ese derecho, sólo hay una interpretación posible, que es la de que tal reserva significa la de ejercer los derechos en el futuro, o sea, que por un acto voluntario y perfectamente válido, la demandada no se atiene al plazo mínimo de mantenimiento de su oferta y, por cierto, tampoco al de vencimiento automático. De manera que si la notificación por la cual el adjudicatario se reserva el derecho de desistirse de su oferta implicaría un desistimiento, carecería de sentido esa oferta. Y es precisamente el pliego de condiciones que marca el plazo de mantenimiento de las ofertas y que debe entenderse como cómputo de días transcurridos ante la falta de aclaración, al igual que el plazo establecido en las condiciones generales que al efecto se hubieran establecido.

Y es precisamente ésta última cuestión la que se vincula con la adjudicación tardía para el ofertante quien puede considerar desvinculado su compromiso y solicitar la devolución de las fianzas otorgadas como medio de garantía. Cabe aclarar a este respecto

que en el supuesto de que la Administración pública se hubiere constituido en mora al no comunicar de inmediato el resultado de la adjudicación, y al no existir plazo que prevea dicha espera se produciría de pleno derecho la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado

En este sentido, es importante señalar las anotaciones que precisa Canasi en el sentido de que el preadjudicatario puede arrepentirse de su oferta perdiendo el importe constituido como garantía al presentar su propuesta, pero no puede aplicársele como penalidad la pérdida del total de la garantía estipulada para la hipótesis del perfeccionamiento del contrato. En esta posición distingue correctamente entre los dos depósitos que se efectúan tanto en la contratación de obras públicas como de suministros, en que una cosa es el 1% como garantía a la concurrencia al proceso de la licitación, que se debe mantener hasta la adjudicación para la seriedad de dicho procedimiento administrativo, y otra cosa muy distinta es la fianza del 5% que deposita el adjudicatario como garantía del cumplimiento del contrato ya adjudicado al oferente. Esta es una norma de carácter general, en este tipo de contratos, contemplada por las leyes respectivas como de contabilidad y demás decretos reglamentarios. El arrepentimiento del oferente es un estadio previo al del adjudicatario; por ello cabe perfectamente la expresión de preadjudicatario, ya que como adjudicatario, el depósito del 1% se sustituye por el depósito del 5% que se mantiene como depósito de garantía hasta la recepción definitiva.<sup>41</sup>

### 3.8 Vicios de la Licitación Pública.

Cuando la licitación no se efectúa de acuerdo con los principios y normas que regula su tramitación, dicho procedimiento precontractual se encuentra viciado, lo cual provoca la anulación de todo lo actuado e incluso llega a afectar la validez del contrato que llegue a celebrarse

Dicha ilicitud afecta los derechos e intereses de los participantes, pero también puede perjudicar a los del Estado; por ello tales vicios pueden ser invocados tanto por los licitadores como por la Administración Pública.

En tal virtud el sistema jurídico mexicano establece las vías de impugnación para la defensa de los derechos e intereses de los oferentes, a los cuales nos referimos más adelante. De la misma manera, el Estado cuenta con medios para lograr por sí y ante sí la reparación de los daños o perjuicios que se le hayan causado con motivo de los vicios de la licitación, pues como se establece en los artículos 45, 46 y 47 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, se fincarán responsabilidades a los funcionarios y empleados que causen daños o perjuicios a la Hacienda Pública Federal, a la del Departamento del Distrito Federal o al patrimonio de las entidades de la administración pública paraestatal, que tendrán por objeto indemnizar tales daños o perjuicios causados.

Pero además, conforme a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (artículo 90), se aplicará las sanciones que procedan a los servidores públicos que hayan intervenido en

---

<sup>12</sup> *Ibidem* pag. 539.

violaciones al procedimiento licitatorio, en los términos, formas y condiciones establecidas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Los vicios referidos puedan darse en cada una de las fases en que hemos dividido el procedimiento de la licitación por ello analizamos el procedimiento de licitación, de manera enunciativa, más no limitativa.

1. Vicios anteriores al llamado.- Los vicios que pueden darse previamente al llamado a la licitación, consisten en: a) falta de autorización presupuestaria; b) falta de autorización para contratar; y c) omisión del procedimiento de licitación.

a) Falta de autorización presupuestaria.- La celebración de contratos por parte de la Administración Pública representa compromisos que afectan el gasto público. En consecuencia, para la realización de tales compromisos el requisito *signe qua non* que exista la partida presupuestal correspondiente.

Lo anterior implica que la celebración de tales compromisos debe estar programada, toda vez que la asignación presupuestal se efectúa de acuerdo con los programas elaborados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Así lo regulan los artículos 13 y 25 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal al preceptuar que el gasto público federal se basará y deberá ajustarse al presupuesto que con apoyo en sus programas, formulen las entidades públicas.

Sin embargo, tratándose de contratos relacionados con obras públicas y de adquisiciones, en los que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año en que se celebren, puede obtenerse la autorización correspondiente, la cual será otorgada, de manera excepcional y debidamente justificada, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por otra parte, cuando los contratos de obras públicas y de adquisiciones se tenga que cubrir con recursos de crédito interno o externo, también se requerirá autorización previa y por escrito de la referida Secretaría

De igual manera, en los casos de adquisiciones de bienes de procedencia extranjera, bien sea tratándose de importación directa de compra en el país, las dependencias previamente al establecimiento del compromiso, deberán recabar, con la anticipación necesaria, de acuerdo con el bien de que se trate, la autorización de la Secretaría de Fomento y Comercio Industrial. En los casos de que las dependencias o entidades deseen adquirir bienes de manera consolidada, también debe existir la previa autorización.

En consecuencia, si se lleva a cabo una licitación sin que el órgano convocante cuente con las autorizaciones referidas, tal procedimiento se encontrará viciado de nulidad.

2. Vicios en las bases de la licitación.- Las bases de la licitación pueden estar viciadas de nulidad cuando: I.- Contengan cláusulas ilegales y II.- Cuando se modifiquen antes o después de la adjudicación.

3. Vicios en la publicación.- El llamado a la licitación a través de la publicación de la convocatoria, puede verse afectado por no cumplir con las disposiciones jurídicas relacionadas que regulan tal acto

Los vicios que se pueden presentarse en esta fase son: a) Omisión total de la publicación de la convocatoria; b) publicación de convocatoria con plazo menor al requerido por la ley, o con anticipación insuficiente para que los interesados puedan formular debidamente sus ofertas; y c) publicación de la convocatoria con un texto incompleto, obscuro o incorrecto.

4- Vicios en la presentación y en la apertura de ofertas.- La doctrina considera que los vicios en la presentación de apertura de ofertas pueden ser, entre otros, los siguientes.

- a) Negativa del licitante a recibir la oferta;
- b) Formulación parcial de aclaraciones a ofertas;
- c) Admisión de propuestas después de la fecha establecida;
- d) Admisión de propuestas de ofertas sin garantía precontractual;
- e) Admisión de ofertas con defectos o vicios;
- f). Omisión de elaborar el acta, y
- g). Acta incompleta.

5. Vicios en la adjudicación.- Los vicios que se producen en las fases del procedimiento anteriores a la adjudicación, por regla general, afectan la legalidad de ésta.



Sin embargo, también en esta fase de adjudicación existen vicios propios de ella que tornan ilegal, no obstante que en las etapas anteriores no se haya presentado ninguna ilicitud.

Entre los vicios que más sobresalen en la adjudicación tenemos:

- a). Adjudicación a la oferta que no resulta la más conveniente;
- b). Presentación de ofertas condicionadas,
- c). Modificación de la oferta después de su presentación;
- d). Presentación de la oferta que no se sujeta a los requisitos establecidos;
- e). Adjudicación hecha fuera del plazo,
- f). Precio mejorado después de la presentación de la oferta, y
- g). Adjudicación efectuada por servidores públicos incompetentes.

6 Vicios posteriores a la adjudicación - Los vicios que pueden presentarse en esta etapa son los siguientes: a) formalización del contrato o pedido fuera del plazo legal; b) formalización del contrato o pedido, por servidores públicos incompetentes; c) anulación de la adjudicación, para hacerla directamente; d) cláusulas contractuales contradictorias a las de las bases

Debido a la importancia que en la práctica reviste el presente tema de estudio, nos abocaremos a realizar un análisis particular de los vicios antes citados.

a) Formalización del contrato o pedido fuera del plazo legal.- La adjudicación implica que la formalización del contrato, o en su caso la del pedido, deba hacerse dentro del plazo que legalmente se haya establecido, ya que de lo contrario implicaría un incumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, que ocasiona que además de la cancelación o revocación

de la adjudicación, la pérdida de la garantía precontractual otorgada, si es imputable a él tal omisión

Si la formalización del contrato se realiza fuera del plazo correspondiente, el órgano licitante estaría actuando de manera ilegal, en perjuicio no sólo de la Administración Pública, por no hacerse efectiva la garantía de seriedad, si no también del oferente que hubiera ocupado el segundo lugar, en virtud de que la ley le otorga el derecho de que se le adjudique directamente el pedido o contrato, sin necesidad de que la convocante lleve a cabo otra licitación, por tal motivo, el contrato celebrado fuera de plazo, debe declararse nulo.

b) La formalización del contrato o pedido por servidores públicos incompetentes.- La formalización del contrato o pedido también puede resultar afectada de nulidad por vicio de incompetencia, cuando tales actos se realicen por el servidor público incompetente para realizar tales actos.

Los contratos administrativos, tal y como ocurre con el acto administrativo, se encuentra viciado de ilegalidad cuando aparezca sin haber satisfecho los requisitos para su validez y eficacia.

Dentro de tales requisitos se encuentra la competencia del servidor público que lo celebra. La competencia es uno de los aspectos más importantes del obrar administrativo, ya que consiste en el cumulo de facultades o atribuciones que el sistema jurídico otorga a un órgano administrativo para actuar. En tal virtud, si el contrato es celebrado por un funcionario que no está facultado para ello, el contrato resulta ilegal ya que ha sido realizado por quien no se encuentra habilitado para actuar por el Estado.

c) Anulación de la adjudicación para hacerla directamente.- También se encuentra viciada la conducta de la licitante cuando sin bases jurídicas anula o deja sin efectos la adjudicación, sin que se hayan dado las causas y sin seguir el procedimiento establecido, y proceda luego a contratar directamente.

En efecto, la licitante no puede desconocer el derecho subjetivo que tiene adjudicatario para la celebración del contrato, puesto que correlativamente a ese derecho existe la obligación de la Administración Pública de realizar el contrato con la persona que seleccionó para tal evento

Además, si el adjudicatario fue quien, de acuerdo con el análisis comparativo de ofertas, ofreció las mejores condiciones de compra para el Estado, la convocante sin bases jurídicas no puede anular esa adjudicación, ya que no cumpliría con los fines de la licitación de moralidad administrativa y encontrar la mejor oferta; además de que incurriría en una responsabilidad resarcitoria, conforme a la cual tendría que pagar los daños y perjuicios que ocasionara a dicho adjudicatario.

En nuestro sistema jurídico, existen reglas a las que debe sujetarse la Administración Pública para dejar sin efectos una adjudicación, como son: a) que el adjudicatario no celebrara el contrato o pedido dentro del plazo establecido; b) que el procedimiento de la adjudicación se encuentren viciados; y c) cuando existan razones de interés general. De estas causas sólo en la primera es posible que, anulada la adjudicación se procesa a contratar directamente con otro contratista o proveedor, en las demás deberá convocarse nuevamente a una licitación pública.

En consecuencia, la contratación directa que se haga anulando sin que existan causas justificadas la adjudicación, resulta ilegal y por ello nula de pleno derecho.

d) Cláusulas contradictorias a las de las bases.- De igual manera, existe un vicio que afecta la contratación cuando en caso de ser necesario la formalización de un contrato, éste contenga cláusulas que contrarían las estipulaciones de las bases de licitación o de las ofertas sobre las que recayó la adjudicación.

Lo anterior obedece al hecho de que las bases de la licitación contienen cláusulas de tipo reglamentario y contractual, ya que ellas establecen la forma y términos en que se desarrollará el procedimiento licitatorio, se describen con detalle el bien, servicio u obra a contratarse; los aspectos constructivos, de rendimiento y calidad de los materiales, etc., las obligatorias para las partes no solamente durante la tramitación del procedimiento licitatorio, sino también en la celebración del contrato y durante su ejecución.

Por ello el contrato no puede contener cláusulas que substancialmente modifiquen a las de las bases, ya que ello representaría cambios a los términos conforme a los cuales las partes quisieran contratarse.

### **3.9. Protección jurídica al licitador.**

Cuando en el procedimiento de licitación pública existieran actos que lo viciaran, los licitadores cuentan con medios de impugnación para la defensa de sus derechos públicos

condiciones a la actividad de la Administración Pública y la persona determinada tiene un interés particular en que esta norma sea observada sin que pueda decirse que esta norma esté dirigida a la protección directa de la misma persona. Los dos primeros requisitos, es decir la existencia de una norma y la un interés particular a su observancia, son comunes al interés legítimo y al derecho subjetivo. El tercer requisito es diferente, ya que para tener derecho subjetivo es necesario que el legislador haya querido proteger directamente el interés individual, lo que no ocurre cuando estamos frente a la figura del interés legítimo<sup>42</sup>

De acuerdo con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, los participantes en un procedimiento de licitación pública podrán hacer valer una instancia de inconformidad en contra de los actos que lleguen a afectar sus derechos e intereses, bien sea que se den en cualquiera de las fases de tal procedimiento, incluyendo el de la adjudicación o posteriores a esa fase.

El plazo para hacer valer tal medio de defensa, en ambas materias es de diez días hábiles siguientes a aquél en que se produzca el acto lesivo, lo cual deberá hacerse por escrito que se presentará ante la dependencia o entidad convocante o ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, como lo prevé el artículo 65 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La resolución que emita la Contraloría, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda respecto de los servidores públicos que hayan intervenido, tendrá como consecuencia: a) La nulidad del procedimiento a partir del acto o actos irregulares, estableciendo las directrices necesarias para que el mismo se realice conforme a la Ley; b)

---

<sup>42</sup> Op Cit Pag 141

La nulidad total del procedimiento, o c) La declaración relativa a lo infundado de la inconformidad

En caso de que la resolución sea dictada por la Secretaría de Contraloría y no satisfaga las pretensiones del promovente, éste podrá interponer el recurso que establece la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, o bien, impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes

En el supuesto de resoluciones adversas de las dependencias y entidades convocantes, y el que decide la citada Contraloría con motivo del recurso referido, los afectados podrán intentar el juicio de amparo, ante el Juzgado de Distrito respectivo.

La existencia de tales medios de impugnación representante una ventaja para los licitadores, contratistas o proveedores, ya que el sistema jurídico establece a su favor instancias en las que pueden hacer vales sus intereses o derechos que puedan ser infringidos por la actuación ilegal de la Administración Pública, lo cual viene a dar vigencia al Estado de Derecho en que vivimos, puesto que como característica de ésta se encuentran las de reconocimiento de los derechos públicos subjetivos de los gobernados y la creación de medios para hacer valer esos derechos.

## **CAPITULO CUARTO**

**OTORGAMIENTO DE GARANTIAS A FAVOR DE LOS ORGANISMOS  
DESCENTRALIZADOS E IMPLICACIONES JURIDICAS EN SU RECLAMACION**

#### **4.1. Formas de garantizar el cumplimiento de obligaciones a favor de los Organismos Descentralizados**

En virtud de la facultad expresa que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios del Sector Público otorga en su artículo 48, a los órganos de gobierno de las entidades, para fijar las bases, formas y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse a su favor, tendremos a bien citar, que el documento más idóneo para garantizar obligaciones a favor de los organismos descentralizados, lo representa la fianza, razón por la cual se hace un estudio más profundo de esta figura, en virtud de que se traduce en el documento mediante el cual de manera fehaciente se pueden hacer exigibles obligaciones, sin embargo también se realiza un estudio del cheque de cruzado como un título de crédito no negociable, porque la ley así lo determina, pero es de manifiesto que en la práctica resulta más funcional solicitar a los participantes en un procedimiento de licitación pública, incluso a los adjudicatarios de los contratos, el otorgamiento de fianzas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

##### **4.1.1. De la Fianza.**

“La fianza es un contrato en virtud del cual una persona se compromete frente al acreedor al cumplimiento de una obligación, en caso de que el deudor no lo haga”.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles 6ª Edición . Edit. Porrúa, S.A México, 1996, pag 365.



Asimismo el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2974, define a la fianza como el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La obligación del fiador puede consistir en pagar la deuda del fiado, una suma menor, o una cantidad de dinero si el deudor no presta una cosa o un hecho determinado. La fianza puede constituirse tanto a favor del deudor, como en favor de un fiador de éste. Puede otorgarse con consentimiento del fiado sin que este lo sepa o aún en contra de su voluntad.

Como contrato la fianza puede ser unilateral y gratuita; pero si hay pacto expreso puede ser bilateral y onerosa. Desde otro punto de vista, puede ser convencional, legal o judicial. Según la obligación a que esté afectada la fianza puede ser civil o comercial.

El contrato de fianza puede ser entre el fiador y el acreedor aun cuando el deudor lo ignore. O bien, puede darse también entre el fiador y el deudor, en cuyo caso el fiador se compromete con el deudor a garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación de su fiado.

La fianza consiste, pues, en la obligación que una persona, fiador, asume como deber directo frente a un acreedor, de garantizar el cumplimiento de otra obligación no propia, o sea, de otro sujeto llamado deudor principal.

La fianza de empresa opera en la misma forma, sólo que el fiador es siempre una institución, como antes se trató, que actúa onerosamente.

Las instituciones de fianzas tienen por objeto otorgar fianzas a título oneroso. Estas instituciones celebran el contrato de fianza, identificado como la fianza de empresa. El artículo 1° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dice que la misma se aplica a empresas que tengan por objeto otorgar fianzas a título oneroso , así como a las instituciones que sean autorizadas para practicar operaciones de reafianzamiento. Estas empresas son instituciones de fianzas.

Para practicar la fianza de empresa se requiere que la sociedad que la contrate esté autorizada por el Estado. La institución de fianzas es una sociedad anónima a quien el Gobierno Federal autoriza para otorgar fianzas a título oneroso. El artículo 5° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, dice que para organizarse y funcionar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estas autorizaciones son por su propia naturaleza intransmisibles.

Las autorizaciones para organizarse y funcionar como instituciones de fianzas, así como las modificaciones a las mismas, se deben publicar en el Diario Oficial de la Federación, señala el artículo 6° de la ley antes citada.

Tanto la escritura constitutiva de la sociedad anónima como las modificaciones a los estatutos correspondientes, deben ser aprobadas por la secretaria mencionada. El artículo 7° de la Ley que regula las instituciones señala que a la solicitud de autorización deberá acompañarse el proyecto de la escritura pública constitutiva y un plan de actividades.

Como indicamos, las instituciones de fianzas deben constituirse como sociedades anónimas de capital fijo o variable, así lo dice el artículo 15 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, el que además agrega que la constitución se hace con arreglo a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto lo no previsto por la propia ley de fianzas.

En estas sociedades anónimas que funcionan como instituciones de fianzas, encontramos una característica peculiar, por lo que al capital social se refiere. La adquisición de las acciones, como parte del capital social no es plenamente libre, pues cuando se pretende adquirir un diez por ciento o más de ellas, deberá someterse a la previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que la otorgará a negará discrecionalmente, dice el artículo 8° de la ley.

Por otra parte, el capital social y las reservas de capital, tienen un destino de inversión, es decir, la institución no tiene libertad absoluta para invertirlos. El artículo 42 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala las bases para su inversión.

Propio también de estas instituciones es la consideración de que gozan respecto de su solvencia. El artículo 12 de la misma ley prescribe que las instituciones de fianzas por las mismas fianzas que otorguen, se considerarán se acreditada solvencia; y asimismo, en los casos diversos al otorgamiento de fianzas, mientras las instituciones de fianzas no sean puestas en liquidación o declaradas en quiebra, se considerarán de acreditada solvencia también.

Las autoridades federales o locales están obligadas a admitir las fianzas, aceptando la solvencia de las instituciones de fianzas, sin calificar dicha solvencia, señala el artículo 13 siguiente de la mencionada ley.

En la fianza es otra persona, fiador, la que se vincula asumiendo solidariamente la obligación del deudor, asume la obligación solidaria, porque sí bien es cierto que la obligación del fiador es accesorio, por otra parte lo es también en el mismo plano que la del deudor principal.

Entre acreedor y fiador, los efectos de la fianza, se regulan sobre la base del principio de la solidaridad, en el sentido de que vencida la obligación, el acreedor puede dirigirse al fiador sin previa exclusión del deudor principal.

Como dijimos, el fiador está obligado solidariamente con el deudor principal, en consecuencia no goza del beneficio de orden y de exclusión, es decir el acreedor no está obligado a la exclusión previa del deudor.

El artículo 118 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que las instituciones de fianzas no gozan de los beneficios de orden y de exclusión y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Y aún más, si el acreedor inició juicio en contra de su deudor y deja de promover, no será causa de extinción de la fianza, el fiador continúa obligado.

El artículo 118 bis prevé que las instituciones de fianzas, al ser demandadas por el acreedor, pueden denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes, y en caso de que no salga a juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador. Esto no debe considerarse contrario a lo que establece el artículo 118.

La fianza sí llega a extinguirse si el acreedor, sin consentimiento del fiador, conviene con el deudor dándole prórroga para el cumplimiento de la obligación. El artículo 119 de la ley respectiva, señala que la prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas extingue la fianza

La fianza es un contrato consensual, accesorio, oneroso, de garantía y formal, implica una manifestación bilateral de voluntad coincidente, en que las voluntades que normalmente deben de manifestarse con las del fiador y las del acreedor, sin que las del fiado, deudor, sea necesaria, pues en contra de la voluntad expresa del mismo puede establecerse la fianza.

La fianza debe derivar de la manifestación expresa de las partes. La institución que la otorga debe hacerlo mediante pólizas como establece el artículo 117.

La fianza constituye una obligación que garantiza. Puede también otorgarse sólo garantizando parte de la obligación, en condiciones menos onerosas.

La obligación accesoria presupone la validez de la obligación principal, la que al extinguirse hace extinguir la fianza.

El fiador puede oponer al acreedor la excepciones relativas al contrato de fianza, como contrato autónomo y las excepciones que correspondan al deudor principal.

El contrato de fianza se ha considerado un contrato unilateral, porque sólo el fiador se compromete, y subsidiario en tanto que está obligado a cumplir solamente cuando el deudor principal no lo hace.

La unilateralidad en la fianza de empresa no es del todo cierta, dado que el fiador se compromete en tanto el otro contratante cumpla la prestación consistente en el pago de la prima. La subsidiariedad puede aceptarse ya que el fiador, que es solidariamente responsable con el deudor principal, deberá cumplir la prestación después de que se haya hecho exigible la obligación y éste haya dado lugar a que se verifique el incumplimiento.

Una vez que el fiador paga la deuda, queda subrogado por ministerio de ley, en todos los derechos, acciones o privilegios que el acreedor tenía en contra del deudor y por o tanto puede repetir en contra de éste a efecto de lograr que se reembolse lo que se pagó, así dice el artículo 122 de la ley en la materia. Si por causa imputable al beneficiario le resulte imposible la subrogación, la institución se libera de sus obligaciones.

A este efecto, el artículo 96 de la misma Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que una certificación de la o las personas facultadas por el consejo de administración de la institución de la fianza y el documento que consigne la obligación, en el sentido de que ésta pagó al beneficiario, lleva aparejada ejecución para el cobro de la cantidad correspondiente.

En la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, por lo que se refiere al fiador, el artículo 376, dice que éste podrá solicitar el reconocimiento de su crédito por el importe pagado

Antes de que el fiador pague, la ley mencionada le da el derecho para exigir, no sólo al fiado, sino también al contrafiador y obligado solidario, que se le garanticen las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad cuando se dan los casos que la propia ley señala, en el artículo 97. Además la institución de fianzas tendrá acción contra el fiado, contrafiador y obligado solidario para obtener secuestro precautorio, como dice el artículo 98, comprobando alguno de los extremos a que se refiere el artículo 97 citado.

El artículo 97 dice que las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garantice por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución, con motivo de su fianza, a) cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente, el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada; b) cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior; c) cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente; d) cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia, o a su domicilio; e) cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación; y f) en los demás casos previstos en la legislación mercantil

## 1 - Naturaleza jurídica.

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la fianza y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes fiadoras, contrafiadoras u obligadas solidarias. En consecuencia la fianza de empresa es un acto de comercio y por lo tanto el contrato de fianza está sujeto a las normas y principios generales fijados por la materia de comercio.

## 2.- Prescripción, Caducidad y Extinción.

Con el objeto de que el fiador no permanezca indefinidamente con la incertidumbre de una responsabilidad eventual, el acreedor debe hacer efectiva la fianza en un término razonable después de que se hace exigible la obligación garantizada. El artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, considera los casos de caducidad y prescripción y señala que cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo definido queda libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado, o en su defecto dentro de los 180 días naturales siguientes a la expiración de la vigencia de la fianza. En caso de tiempo indeterminado, queda liberada de su obligación también por caducidad, si el beneficiario no presenta dentro de 180 días naturales a la fecha de la exigibilidad de la obligación garantizada, la reclamación respectiva.



Presentada la reclamación dice la ley, habrá nacido el derecho, el cual quedará sujeto a prescripción si el beneficiario no hace efectiva la póliza, dentro del plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo que resulte menor.

El requerimiento escrito de pago o en su caso la presentación de la reclamación de la fianza, suspende la prescripción.

La fianza se extingue en los siguientes supuestos: por la extinción de la deuda principal, o por causa intrínseca a la relación afianzadora, en este segundo caso puede suceder que se extinga la fianza y permanezca la obligación principal, o bien, de la extinción de la obligación afianzada se extingue la deuda principal, por haberse satisfecho por el fiador las prestaciones del acreedor, liberándose así tanto el fiador como el obligado principal.

### 3.- Prima.

En el artículo 1° de Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se establece que las instituciones de fianzas otorgan éstas a título oneroso, igual señalamiento se hace en el artículo 3°, por esta razón el que contrata con la institución fiadora debe cubrir la cantidad que por concepto de prima le fije ésta.

### 4 - Reservas.

Con las primas, las instituciones de fianzas están obligadas a constituir las reservas que marca a ley

Las instituciones están obligadas a constituir exclusivamente reservas de fianzas en vigor, de contingencia y las demás que establece la ley, indica el artículo 46 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas a la que nos hemos estado refiriendo

Las reservas de fianzas en vigor se forman con el 50% de la prima bruta correspondiente a la primera anualidad de vigencia y permanece constituida hasta que la fianza se cancela (artículo 47).

Las reservas de contingencia se constituyen con el 10% de las primas retenidas por la institución

Esta reserva es acumulativa y sólo podrá dejar de incrementarse a juicio de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, siempre que a su juicio, la institución tenga una sana situación financiera, artículo 48.

## 5 - Póliza

Al contratar la fianza, la institución afianzada debe de expedir un documento que se llama póliza, pues sólo puede asumir obligaciones mediante el otorgamiento de pólizas numeradas y documentos adicionales a las mismas, dice el artículo 117 de la ley. Esto da carácter de formal contrato.

Las pólizas son documentos que deben contener las indicaciones que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el artículo 85 de la ley que hemos venido citando, dice que las instituciones de fianzas, deberán presentar ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, para efectos de registro y vigilancia, la documentación que utilicen respecto de la oferta, solicitud o contratación de fianzas o la derivada de ésta, así como de reafianzamiento cuando menos treinta días hábiles antes de su utilización o puesta en operación. La comisión puede ordenar la modificación o correcciones que estime pertinentes. Asimismo, las instituciones estarán obligadas a incluir las cláusulas que fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

#### 6 - Garantías de recuperación.

Característica esencial del contrato de fianza es que cada vez que se expide una fianza, la institución deberá tener suficientemente garantizada la recuperación para la eventualidad del cumplimiento de su obligación, y comprobar en cualquier momento las garantías con que cuenta. Así lo señala el artículo 19 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Las garantías se exigen para evitar que las instituciones tengan pérdidas. las pérdidas que puedan llegar a resentir las afianzados por el pago de reclamaciones, se supone que deberán ser ocasionales y debido a la eventualidad de las garantías originalmente recabadas.

El artículo 24 señala que las garantías de recuperación que las instituciones de fianzas están obligadas a obtener, son prenda, hipoteca o fideicomiso o en su caso, la obligación solidaria contra fianza o afectación en garantía en los términos de la propia ley.

Esta garantía de recuperación no se requiere, cuando bajo la responsabilidad de la institución de fianzas, el fiadora o sus obligados solidarios sean ampliamente solventes y tengan suficiente capacidad de pago.

#### 7 - Margen de operación.

Hemos hecho referencia al concepto de margen de operación que es una limitación que tienen las compañías de fianzas en la expedición de pólizas. Es la cantidad hasta por la cual puede retenerse en una fianza, es decir, debe considerar el monto de la prestación internamente la institución.

Aún cuando no están obligadas a hacerlo, para la adecuada diversificación de las responsabilidades asumidas por la expedición de fianzas, dice el artículo 32 de la ley ya citada, las instituciones podrán celebrar contratos de reafianzamiento o cofianzamiento.

Por el contrario, cuando la responsabilidad asumida exceda de su margen de operación, necesariamente el excedente de ese margen debe cederse en reafianzamiento u ofrecer el cofianzamiento respectivo, señala el artículo 33 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

El margen de operación, lo fija la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, establece el artículo 17 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

#### 8 - Procedimiento para hacer exigible la Fianza.

El procedimiento varía según se trate de fianza otorgada a favor de: a) un particular o b) fianza otorgada a favor de la Federación, Distrito Federal, de los Estados o Municipios o en su caso, paraestatales.

En sentido tenemos que en lo que respecta a las fianzas otorgadas en favor de particulares, los artículos 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevén que los beneficiarios de fianzas a su elección podrán presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes. Las instituciones de fianzas estarán obligadas, en su caso a someterse al procedimiento de conciliación que establece el artículo 93 bis.

En caso de reclamación se harán por escrito y la institución tendrá 15 días naturales para solicitar al beneficiario toda clase de información y/o documentación relacionada con la fianza, si no lo hace se tiene por integrada la reclamación. En su caso, si hace la solicitud, el beneficiario deberá cumplir en el término de 15 días, en caso contrario se tendrá por integrada la reclamación.

La institución tendrá 30 días naturales, después de integrada la reclamación para realizar el pago o negarse.

Si el beneficiario no está conforme con la resolución de la afianzadora, optará por acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales competentes, como ya se ha hecho mención dentro del estudio de este tema.

Las reclamaciones que formulen los beneficiarios de fianzas ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, se ajustarán entre otras a las siguientes bases:

Del escrito señalado, la Comisión le correrá traslado a la institución de fianzas de que se trate, la que tendrá 10 días para informar. La Comisión citará a las partes a una junta de avenencia. En la junta se exhortará a las partes y al fiado a conciliar sus intereses, y si esto no fuere posible el reclamante podrá optar por designar arbitro a la comisión y resuelva en amigable composición, o hacer valer sus derechos ante los Tribunales.

Las Delegaciones Regionales de la Comisión tramitarán el procedimiento conciliatorio y, en su caso, el procedimiento arbitral. En el juicio arbitral, en amigable composición, de manera breve y concisa se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje. La Comisión resolverá en conciencia y en buena fe guardada, sin sujeción a formalidades especiales pero observando las esenciales del procedimiento. La resolución sólo admitirá aclaración de la misma a instancia de parte presentada dentro de los tres días siguientes al de notificación, y como único recurso al de revocación.

El laudo que se dicte sólo admitirá como medio de defensa el juicio de amparo, todas las demás resoluciones en el juicio arbitral de estricto derecho, admitirán como único recurso el de revocación.

El laudo que condene a una institución de fianzas le otorgará para su cumplimiento un plazo de 15 días hábiles siguientes al de su notificación, si no lo efectuare, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas impondrá a la empresa una multa hasta por el importe de lo condenado, sin perjuicio de que corresponde a la Comisión la ejecución del laudo que se pronuncie, para lo cual le concederá a la institución de que se trate, un plazo de 5 días para que lo cumpla y, en caso de que no compruebe haberlo cumplimentado, la propia Comisión ordenará el remate en bolsa de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición del reclamante.

Si no se estuviere de acuerdo en acudir a la Comisión, el reclamante podrá ocurrir desde luego ante los tribunales competentes; sujetándose en su caso a lo dispuesto por el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Contra las sentencias dictadas en los juicios respectivos, procederá el recurso de apelación en ambos efectos. Contra las demás resoluciones procederán los recursos que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las sentencias y mandamientos de embargo dictados en contra de las instituciones de fianzas, se efectuarán exclusivamente por conducto de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, tratándose de sentencias que condenen a paga a la institución la comisión, dentro de los 10 días siguientes al recibo de la ejecutoria, la requerirá para que cumpla. Si dentro de las 72 horas siguientes la institución no comprueba haberlo hecho, la Comisión ordenará el remate en bolsa, de valores propiedad de la institución y pondrá la cantidad que corresponda a disposición de la autoridad que conozca el juicio.

Tratándose de mandamientos de embargo dictados por la autoridad judicial o administrativa, la Comisión determinará los bienes de las institución que deban afectarse en garantía exclusiva del cumplimiento de las obligaciones por las que se ordenó el embargo. La misma Comisión dictará las reglas sobre el depósito de dichos bienes; el Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de las reglas procesales contenidas en el artículo 94 citado.

En cuando a las fianzas en favor de autoridad, el artículo 95 de la multicitada Ley de Fianzas, permite que el beneficiario, que no es otro que la autoridad que acepta, se hagan efectivas siguiendo los procedimientos los artículos 93 y 93 bis anteriormente comentados, o bien conforme a las disposiciones que el propio artículo 95 señala.

b) El artículo 95 de la aludida ley, prevé que las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor.

Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que lo hubiera aceptado con domicilio en el Distrito Federal, o bien en alguna de las entidades federativas, acompañándola documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora. La autoridad ejecutora procederá a requerir de pago, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza.



Tratándose del Distrito Federal, de los estados, de los municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En el mismo requerimiento de pago, se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de 30 días naturales contados a partir de la fecha de que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo.

Dentro del plazo de 30 días naturales señalados en el requerimiento, la institución fiadora deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondientes que no hizo el pago o se inconformó. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, se rematen en bolsa, valores propiedad de la afianzadora, bastantes para cubrir el importe de lo reclamado.

En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de 30 días naturales, demandará la improcedencia del cobro ante la sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o a la del apoderado designado donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora suspender el procedimiento de ejecución, cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma.

#### 4.1.2. Del Cheque Cruzado.

El Cheque - Es un título de crédito, en virtud del cual se da a una institución, también de crédito, la orden incondicional de pagar a la vista de una suma determinada de dinero o cuenta de una provisión previa establecida de acuerdo al convenio respectivo.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 175, prevé "El cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de personas, no producirá efectos de título de crédito.

El cheque sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo.

La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esqueletos especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista.

Según lo dispuesto por el artículo 176 de la citada ley, el cheque debe contener:

- I. La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento;
- II. El lugar y la fecha en que se expide;
- III. La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- IV. El nombre del librado;
- V. El lugar de pago; y
- VI. La firma del librador.

EL CHEQUE CRUZADO.- Es aquel en que el librador o el portador trazan en el anverso del mismo dos rayas paralelas, indicando así que sólo puede ser pagado por el girado a un banco. El cruzamiento puede ser general o especial. El primero lo es cuando no tiene entre las barras mención alguna o si contiene la mención "banquero" o "no negociable" u otra equivalente. Es especial si entre las barras se escribe el nombre de un banquero. Un cheque con cruzamiento general sólo puede ser pagado por el girado a un banco, es decir, de banco a banco. Un cheque con cruzamiento especial sólo puede ser pagado por el girado al banco designado en el cruzamiento o a otro banco que éste indique.<sup>44</sup>

El artículo 197 de la ley que nos ocupa, señala que el cheque que el librador o el tenedor crucen con dos líneas paralelas trazadas en el anverso, sólo podrá ser cobrado por una institución de crédito.

Si entre líneas del cruzamiento de un cheque no aparece el nombre de la institución que debe cobrarlo, el cruzamiento es general, y especial, si entre las líneas se consigna el nombre de una institución determinada. En este último caso, el cheque sólo podrá ser pagado a la institución especialmente designada o a la que ésta hubiera endosado el cheque para su cobro.

El artículo 198, a su vez establece que el librador o el tenedor pueden prohibir que un cheque sea pagado en efectivo, mediante la inserción en el documento de la expresión "para abono en cuenta". En este caso el librado sólo podrá hacer el pago abonando el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra en favor el tenedor. El cheque certificado

---

<sup>44</sup> Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía (s e ) Edit. Universidad, Argentina Buenos Aires, 1996.

no es negociable a partir de la inserción de la cláusula "para abono en cuenta". La cláusula no puede ser borrada

El librado que pague en otra forma, es responsable del pago irregularmente hecho.

Finalmente el artículo 199 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prevé: Antes de la emisión del cheque, el librador puede exigir que el librado lo certifique, declarando que existen en su poder fondos bastantes para pagarlo.

La certificación no puede ser parcial ni extenderse en cheques al portador.

El cheque certificado no es negociable.

La certificación produce los mismos efectos que la aceptación de la letra de cambio.

La inserción en el cheque de las palabras "acepto", "visto", "bueno" u otras equivalentes suscritas por el librado, o de la simple firma de éste, equivalen a una certificación

El librador puede revocar el cheque certificado, siempre que lo devuelva al librado para su cancelación.

#### **4.2. La fianza como medio idóneo de garantía en los actos o contratos derivados de una Licitación Pública.**

Los Organismos Descentralizados en la realización de procedimientos de licitación pública, deben sujetarse a lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que al respecto prevé: Quienes participen en licitaciones o celebren contratos deberán garantizar.

- 1.- Anticipo
- 2.- Cumplimiento
- 3 - Vicios ocultos. (Sólo en los casos de obras públicas)

En este sentido, se exigirá a los participantes en procedimientos de licitación pública, que las fianzas que se expidan a favor de los organismos descentralizados se otorguen en los siguientes términos:

El artículo 39 fracción III de la ley invocada, señala que las fianzas que se constituyan deberán otorgarse a favor de las entidades, si los actos o contratos se celebren directamente con ellas, de lo que se desprende que necesariamente las pólizas respectivas deben de ser expedidas a favor de los organismos descentralizados, como entidades de la Administración Pública Federal Paraestatal, cuya naturaleza jurídica ha quedado precisada en el Capítulo II del presente trabajo. En tal virtud, los organismos descentralizados serán los beneficiarios directos de la garantía otorgada, y para efecto de iniciar el procedimiento de reclamación en contra de la institución fiadora se hará de manera directa, sujetándose a lo dispuesto por los artículos 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En vista de lo anterior y a efecto de dar cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, a continuación se hace una descripción particular de cada una de las garantías en las diversas modalidades en que han sido citadas.

#### 1 - Garantía para la correcta inversión del anticipo.

Con respecto a la póliza de anticipo, ésta tiene la principal característica de garantizar la correcta inversión o devolución total del anticipo otorgado al contratista o proveedor, para la realización de la obra o servicio encomendado, el cual se devolverá total o parcialmente si no se aplicó o invirtió en forma específica, conforme a lo estipulado en el contrato.

Asimismo cabe hacer mención que tanto el artículo 38, fracción II de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, como el 25 fracción y de su Reglamento, establecen que:

Los contratistas, al referirnos en materia de ejecución de obra pública, garantizarán a las dependencias o entidades de la Administración Pública, el o los importes que por concepto de anticipos se les otorguen, de conformidad con lo pactado en el contrato correspondiente y se ajustarán a lo siguiente:

La garantía será por la totalidad del anticipo otorgado (100%) y se constituirá mediante fianza expedida por instituciones debidamente autorizadas.

De lo anterior se desprende que para la determinación del monto de la fianza se atenderá al porcentaje de anticipo concedido, el cual se deberá pactarse en el contrato de obra correspondiente; asimismo la fianza deberá presentarse previamente a la entrega del

anticipo de que se trate, dentro de los 15 días hábiles, contados a partir de que el contratista reciba copia del contrato o del acta de fallo de notificación, como lo establece el artículo 25, fracción I del Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

## 2.- Garantía de cumplimiento del contrato o pedido

la función de este tipo de fianza es la de garantizar el debido cumplimiento del contrato que celebre la dependencia o entidad con el participante que haya resultado favorecido con el fallo, es decir, aquel a quien se le hubiere adjudicado los servicios o la ejecución de la obra.

Las garantías que a este respecto se otorguen, concretamente al referirnos como lo hemos venido haciendo, a favor de organismos descentralizados, deberán sujetarse a lo siguiente:

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 48 de la multicitada Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como lo establecido en la fracción I del artículo 26 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, en vigor, se constituirá fianza por el 10% del importe en su caso de la obra contratada, mediante póliza expedida por institución autorizada para ello, debiendo ser entregada dentro de los 15 días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha en que el contratista hubiera recibido copia del fallo de adjudicación o del contrato suscrito por éste.

## 3 - Garantía por vicios ocultos.

El objetivo de esta fianza es el de garantizar la buena calidad de los materiales, trabajos o servicios contratados, los cuales deberán reunir las condiciones y especificaciones pactadas en la cotización y contrato de obra correspondiente, así como la corrección de los defectos que pudieran aparecer durante el período de garantía.

El artículo 26 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas dispone en sus fracciones III y IV lo siguiente:

“El contratista garantizará los trabajos dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción formal de los mismos, otorgando una fianza equivalente al 10% del monto total ejercido en el contrato, para responder de los defectos que resulten de la realización de los mismos, de vicios ocultos o de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido en su ejecución, sin embargo en la práctica los prestatarios suelen solicitar al Contratista o Prestador de Servicios la fianza de que nos ocupamos, al mismo tiempo que las fianzas de cumplimiento, con la finalidad de que el fiado, aún sin haber entregado formalmente los trabajos garantizados responda de los vicios ocultos que aparezcan sobre los trabajos ejecutados”.

Cabe señalar que la vigencia de esta garantía será de un año contado a partir de la fecha de terminación de los trabajos, la que se hará constar en el acta de recepción formal de los mismos; término dentro del cual al no existir inconformidad del beneficiario, la institución afianzadora procederá a su cancelación automáticamente.

Es de hacer notar que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, abrogada el 4 de enero de 2000, establecía como modalidad la garantía de seriedad de las proposiciones, para tal efecto, ordenaba que los organismos descentralizados deberían solicitar garantizar



la seriedad de las proposiciones o cotizaciones en los procedimientos de licitación pública ; por lo que el o los participantes estaban obligados a entregar una póliza de fianza otorgada por una institución de fianzas quien en ejercicio de la autorización que al efecto le otorgue el gobierno federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público , en los términos de lo ordenado por los artículos 5 y 6 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se constituirá como fiadora.

La dependencia o entidad convocante, en este último caso particularmente hablando de los organismos descentralizados, conservaría en custodia todas y cada una de las garantías expedidas a su favor, hasta la fecha en que se de a conocer el fallo, mismas que les serían devueltas a los concursantes, excepto la de aquel al que se le hubiera adjudicado el contrato respectivo , la cual se retendría hasta que el proveedor o contratista constituyera la garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas con la firma del contrato correspondiente. Cabe aclarar que el monto de la fianza será el equivalente al 5% de la cotización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24, fracción II del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, aún vigente en la materia que nos ocupa.

Sin embargo dicha disposición ha quedado sin efectos, toda vez que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Públicos que abrogó dicha Ley, no establece en su artículo 48 dicha modalidad.

Ahora bien, a manera de abundamiento, en lo señalado en los numerales 1 y 2 que anteceden, es importante hacer mención a lo establecido en el numeral 2.9. de los Lineamientos para el oportuno y estricto cumplimiento del régimen jurídico de las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios de cualquier naturaleza, obras

públicas y servicios relacionados con éstas, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 15 de marzo de 1996, y que al respecto prevé:

“Para la determinación del porcentaje de garantías, las convocantes podrán considerar la conveniencia de establecer un 5% máximo del monto total de la propuesta para garantizar la seriedad de las ofertas, y un 10% máximo del monto total del contrato para garantizar el cumplimiento del mismo”.

Asimismo y para concluir el apartado correspondiente a este tema, destacaremos la importancia de lo dispuesto por el numeral 1.13 de los citados lineamientos que al respecto señala:

“A efecto de mantener actualizadas las fianzas que en favor de las dependencias y entidades deban otorgar los proveedores y contratistas, éstos deberán presentar ante aquéllas los documentos que demuestren la renovación de las garantías , en todos los casos en que les haya sido autorizada la prórroga de la vigencia de los actos y contratos que se celebren”

#### **4.3. Fundamento legal para el otorgamiento de fianzas a favor de los organismos descentralizados.**

El artículo 71 del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, establece que las garantías que deban constituirse a favor de las entidades por actos y contratos que celebren, deberán sujetarse a lo siguiente:

- I. Salvo disposición expresa, la forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a favor de las entidades, será mediante fianza otorgada por compañía autorizada en los términos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. En casos excepcionales y previa autorización de la Secretaría de hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el ámbito de sus respectivas competencias se podrá admitir otra forma de garantía o eximirse de ésta;
  
- II. En los contratos que conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, comprendan varios ejercicios fiscales, deberá estipularse la obligación para el contratista de presentar una fianza por el diez por ciento del monto autorizado para cada uno de los ejercicios subsecuentes, en la inteligencia de que, mediante dicha fianza, deberán quedar garantizadas todas las obligaciones que en virtud del contrato asuma el contratista;
  
- III. Cuando la fianza se otorgue por actos o contratos celebrados por las entidades de las fracciones I y IV del artículo 2º de la Ley, deberá ser a favor y a satisfacción de la Tesorería de la Federación.

Si el contrato o convenio se celebra por el Departamento del Distrito Federal, la fianza se otorgará a favor y satisfacción de la Tesorería del propio Departamento.

En el caso de actos y contratos celebrados por las entidades de las fracciones VI a VIII del artículo 2º de la Ley, las garantías se otorgarán a favor de éstas;

Las entidades deberán cuidar que las garantías que se otorguen por los actos y contratos que celebren, satisfagan los requisitos legales establecidos, según el

objeto o concepto que les dé origen y que su importe cubra suficientemente el del acto u obligación que deba garantizarse;

- IV La Tesorería de la Federación. La del Departamento del Distrito Federal y las entidades señaladas en las fracciones VI a VIII del artículo 2º de la Ley, deberán calificar las garantías que se otorguen a su favor y, si procede, aceptarlas y guardarlas;
- V Las garantías que se otorguen con relación a las obras públicas se sujetarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en general que sean aplicables;
- VI. En lo no previsto en las fracciones anteriores al Código Fiscal de la Federación y, supletoriamente, a la Ley de la Tesorería de la Federación y al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, y
- VIII Las demás disposiciones que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

#### **4.4. Ineficacia en la aplicación del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas en los procedimientos de reclamación de pago de fianzas expedidas en favor de Organismos Descentralizados.**

Como se ha precisado en el punto número 4.2. del presente estudio, las pólizas de fianzas que se expidan a favor de los organismos descentralizados deberán consignar que

las partes es decir, institución fiadora, fiado y beneficiario, se sometan al procedimiento especial previsto en los artículos 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pues resulta notoriamente improcedente tratar de aplicar el procedimiento previsto en el artículo 95, por las razones que más adelante se precisan.

Iniciaremos el presente apartado sobre las estipulaciones previstas por este último precepto legal, que a la letra dice:

Artículo 95. Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 bis de esta Ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el Reglamento de este artículo, excepto las que se otorguen a favor de la Federación para garantizar las obligaciones fiscales a cargo de terceros, caso en que se estará a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación:

I las instituciones de fianzas estarán obligadas a enviar según sea el caso, a la Tesorería de la Federación, a la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, o bien a las autoridades estatales o municipales que correspondan, una copia de todas las pólizas de fianzas que expidan a su favor;

II Al hacerse exigible una fianza a favor de la Federación, la autoridad que la hubiere aceptado, con domicilio en el Distrito Federal o bien en alguna de las entidades federativas, acompañando la documentación relativa a la fianza y a la obligación por ella garantizada, deberá comunicarlo a la autoridad ejecutora más próxima a la ubicación donde se encuentren instaladas las oficinas principales, sucursales, oficinas de servicio o bien a la del

domicilio del apoderado designado por la institución fiadora para recibir requerimientos de pago, correspondientes a cada una de las regiones competencia de las Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

La autoridad ejecutora facultada para ello en los términos de las disposiciones que le resulten aplicables, procederá a requerir de pago, en forma personal, o bien por correo certificado con acuse de recibo, a la institución fiadora, de manera motivada y fundada, acompañando los documentos que justifiquen la exigibilidad de la obligación garantizada por la fianza, en los establecimientos o en el domicilio del apoderado designado, en los términos a que se hace cita en el párrafo anterior.

Tratándose del Distrito Federal, de los Estado y de los Municipios, el requerimiento de pago, lo llevarán a cabo en los términos anteriores, las autoridades ejecutoras correspondientes.

En consecuencia, no surtirán efecto los requerimientos que se hagan a los agentes de fianzas, ni los efectuados por autoridades distintas de las ejecutoras facultadas para ello.

III. En el mismo requerimiento de pago se apercibirá a la institución fiadora, de que si dentro del plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que dicho requerimiento se realice, no hace el pago de las cantidades que se le reclaman, se le rematarán valores en los términos de este artículo,

IV Dentro del plazo de treinta días naturales señalado en el requerimiento, la institución de fianzas deberá comprobar, ante la autoridad ejecutora correspondiente, que hizo el pago

o que cumplió con el requisito de la fracción V. En caso contrario, al día siguiente de vencido dicho plazo, la autoridad ejecutora de que se trate, solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se rematen en bolsa, valores propiedad de la institución, bastante para cubrir el importe de lo reclamado;

V En caso de inconformidad contra el requerimiento de pago, la institución de fianzas dentro del plazo de treinta días naturales, señalado en la fracción III de este artículo, demandará la improcedencia del cobro ante la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos o la del apoderado designado, a que se hace cita en la fracción II, primer párrafo de este artículo, donde se hubiere formulado el citado requerimiento, debiendo la autoridad ejecutora, suspender el procedimiento de ejecución cuando se compruebe que se ha presentado oportunamente la demanda respectiva, exhibiéndose al efecto copia sellada de la misma;

VI El procedimiento de ejecución solamente terminará por una de las siguientes causas:

- a) Por pago voluntario;
- b) Por haberse hecho efectivo el cobro en ejecución forzosa;
- c) Por sentencia firme del Tribunal Fiscal de la Federación, que declare la improcedencia del cobro;
- d) Porque la autoridad que hubiera hecho el requerimiento se desistiere del cobro.

Los oficios de desistimiento de cobro, necesariamente deberán suscribirlos los funcionarios facultados o autorizados para ello”.

VII. Los particulares podrán elegir libremente jueces federales o locales para el trámite de su reclamación”

En virtud de lo ordenado por los preceptos legales antes invocados, es de real interés hacer notar que cuando se habla de la Federación se excluye de dicha aplicación a los organismos descentralizados, por ende las reclamaciones de pago ante las instituciones de fianzas, tendrán que formularse por conducto de la Tesorería de la Federación, aún cuando como ya se ha precisado dichos organismos se encuentran investidos de personalidad jurídica y patrimonio propios, características que los facultan para realizar directamente reclamaciones cuando le son afectados sus intereses patrimoniales por el incumplimiento en los actos o contratos derivados de una licitación pública, más aún porque cuentan con un órgano propio de captación de recursos

En consecuencia, conforme al artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las pólizas de fianzas que se otorguen a favor de la Federación, de los Estados o de los Municipios, se harán efectivas con base en el procedimiento previsto en dicho precepto, esto es que las entidades paraestatales u organismos descentralizados si bien son parte de Administración Pública Federal, las fianzas no pueden ser expedidas a favor de éstos sino a favor de los Estados, los Municipios y de la Federación, quienes tratándose de los Estados y de los Municipios sólo la Tesorería Local puede hacer el requerimiento de pago, esto es las Secretarías de Finanzas correspondientes y por lo que hace a la Federación, sólo la Tesorería de la misma.



Al respecto resulta aplicable el criterio sustentado en el juicio fiscal 13735/88, visible en la Revista 20 del Tribunal Fiscal de la Federación, 3a. Época, Año II, agosto de 1989, página 54 que a la letra dice:

“FACULTADES PARA EXIGIR EL PAGO DE UNA FIANZA.- EL BENEFICIARIO CARECE DE ELLAS CUANDO SE TRATE DE UN ENTE PARAESTATAL”.- Conforme al artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas conforme a las reglas que se señalen en el propio precepto, y en los términos de su fracción I, las otorgadas a favor de la Federación, serán exigibles a través de la Tesorería de la Federación. Por tanto, el ente paraestatal beneficiario de una póliza de fianza carece de facultades para exigir las, pues conforme al artículo 1o. de la Ley orgánica de la Administración Pública Federal, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos, componen la Administración Pública Paraestatal y, en consecuencia, de la interpretación conjunta de ambos ordenamientos, se desprende que las fianzas otorgadas en favor de los entes paraestatales, se reputan como otorgadas en favor de la Federación, por lo que sólo ésta, a través de su Tesorería, puede exigir las”

#### **4.5. Propuesta de reformas legales por cuanto a la aplicación y reconocimiento de la capacidad de los organismos descentralizados para iniciar procedimientos de reclamación de fianzas como medios de garantía.**

En este apartado retomaremos parte de lo ya estudiado y que se refiere propiamente a la naturaleza jurídica de los organismos descentralizados.

Iniciaremos por citar que desde el momento mismo de su creación mediante decreto emitido por el Ejecutivo Federal, se les inviste de personalidad jurídica y patrimonio propio,

reconociendo que forman parte integral de la Administración Pública Federal Paraestatal, y más aún no se les excluye de la observancia y aplicación de disposiciones del ámbito federal, como es el caso de la materia que nos ocupa, sus reclamaciones de pago como beneficiarios directos de fianzas tienen que formularse observando procedimientos especiales plasmados en la Ley Federal del Instituciones de Fianzas, concretamente en lo dispuesto por los artículos 93 y 93 bis, siendo que finalmente el destino de los recursos que forman parte de su patrimonio se enteran a la Tesorería de la Federación, en consecuencia se entiende que aún cuando cuentan con una personalidad jurídica propia distinta de la del Estado, persiguen un objeto de interés general, son excluidos de la Federación

Asimismo es menester hacer notar que el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisa: “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 están 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 presente proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La descentralización administrativa en México, surge a partir de las reformas al artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 21 de abril de 1981, en las que se precisa que la Administración Pública será centralizada y paraestatal.

Es menester señalar, que con anterioridad a esta fecha, algunos artículos de la Carta Magna hacían referencia a este tipo de órganos: 93, 123, y de cierta forma, el 73 y el 28.

**SEGUNDA.-** La descentralización administrativa en estricto sentido, existe cuando se crean organismos con personalidad jurídica propia, mediante disposiciones legislativas, que permiten realizar una actividad que compete al Estado o que es de interés público.

**TERCERA.-** En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no existe un artículo que otorgue facultad expresa al Presidente de la República para crear por decreto personas jurídicas del Derecho Público; sin embargo, de conformidad con el artículo 71, fracción I, el Presidente, sí tiene la facultad de iniciativa de ley ante el Congreso de la Unión.

**CUARTA.-** La creación de los organismos descentralizados por decreto del Ejecutivo Federal, resultaría al margen de la Constitución, sobre todo cuando a través de ese decreto se les inviste de personalidad jurídica, patrimonio y competencia, pues para ello es necesaria una ley en el sentido formal y material, o sea, emanada del Congreso de la Unión.

**QUINTA.-** El artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece: "Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio", esto nos lleva a razonar que sea cual sea la estructura legal que adopten, los organismos descentralizados forman parte de la Administración Pública Federal.

**SEXTA.-** Todos los organismos descentralizados cuentan con un régimen jurídico que regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad. En este sentido, dicho régimen lo constituye lo que pudiéramos llamar su Ley Orgánica, que puede ser bien, como se ha hecho mención en el punto que antecede, una ley del Congreso o un decreto del Ejecutivo, que para efectos de interpretación se puede considerar como ley, puesto que crea una situación jurídica general.

**SEPTIMA.-** La actividad de los organismos descentralizados se regula tanto por normas de derecho público, como por normas de derecho privado.

**OCTAVA.-** El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone que los recursos económicos del Gobierno Federal, entendiéndose que los organismos descentralizados forman parte de éste, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados, para tal efecto 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 por regla general mediante procedimientos de licitación pública

En tal virtud, las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, reglamentarias de dicho precepto, que regulan la planeación, programación, gastos, ejecución, conservación, prestación de servicios, las obras públicas y los servicios relacionados con éstas, que realicen las dependencias centralizadas y las entidades paraestatales, establecen los principios y procedimientos generales para llevar a cabo licitaciones públicas., A fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles, en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

**NOVENA.-** En nuestro país no obstante la importancia que reviste para el Estado la licitación Pública, no es plenamente conocida, puesto que incluso se le confunde con otras formas de selección del contratante, como son: la subasta y el concurso, que aunque etimológica como gramáticamente pudieran considerarse sinónimos, lo cierto es que bajo la práctica y la concepción jurídico-administrativa constituyen conceptos totalmente diferentes.

**DECIMA.-** La licitación pública es un procedimiento administrativo que tiene dos finalidades. La primera consiste en asegurar para la Administración Pública las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad. La segunda estriba en que a través de dicho procedimiento se asegura la moralidad administrativa.

**DECIMA PRIMERA.-** La licitación pública se encuentra regida por principios jurídicos fundamentales que constituyen pautas directrices que definen la esencia de su procedimiento, y que justifican su existencia.

Tales principios son. la concurrencia, la igualdad, la publicidad y la oposición o contradicción, los cuales deben ser observados ya que el incumplimiento de cualquiera de ellos vicia de nulidad la licitación.

**DECIMA SEGUNDA.-** La licitación pública, como procedimiento administrativo que es, requiere de una serie sistemática de actos, que se desarrollan dentro de distintas etapas o fases que deben cumplirse para llegar a la decisión final, que es la celebración del contrato. Las fases que integran el procedimiento licitatorio, son: a) autorización presupuestal, b) preparación de las bases; c) publicación de la convocatoria; d) presentación de ofertas; e) apertura de ofertas; f) adjudicación, y g) perfeccionamiento o formalización del contrato.

**DECIMA TERCERA.**- La adjudicación, última fase del procedimiento licitatorio, constituye un acto de la Administración Pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta y oferta más conveniente y, en consecuencia, la declara aceptada

Este acto produce una serie de efectos, como son: a) libera a los oferentes, cuyas propuestas hayan sido desestimadas, de cualquier obligación; b) notificada la adjudicación al beneficiario, queda concertada la contratación con independencia de su formalización en el instrumento correspondiente; y c) constituye el punto de partida conforme al cual comienzan a generarse derechos y obligaciones de las partes contratantes.

**DECIMA CUARTA** - Cuando la licitación no se efectúa de acuerdo con los principios y normas que regulan su tramitación, dicho procedimiento precontractual se encuentra viciado, lo cual provoca la anulación de todo lo actuado, e incluso llega a afectar la validez del contrato que llegue a celebrarse.

Tales vicios pueden darse en cualquiera de las fases que integran el procedimiento licitador, y ellas afectan los derechos e intereses de los participantes y también a los del Estado

**DECIMA QUINTA.**- La Administración Pública, tiene medios para lograr por sí y ante sí la reparación de daños y perjuicios que se le hayan causado con motivo de los vicios de la licitación, así como para fincar responsabilidades administrativas, en los términos de la Ley

Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos , a quienes hayan intervenido en violaciones a dicho procedimiento

Por su parte, los gobernados cuentan con recursos de inconformidad, que pueden *hacer valer para impugnar tales violaciones.*

**DECIMA SEXTA.-** En la legislación argentina, al igual que en nuestro país, la licitación pública constituye una formalidad esencial en los contratos de derecho público, tendientes a asegurar el prestigio de la Administración y la probidad de sus agentes , en beneficio de bien público general; por ello se habla de tres ideas esenciales que dominan dicho procedimiento, y que son: a) publicidad; b) competencia y c) igualdad, y que garantizan las mejores condiciones de contratación para el Estado.

**DECIMA SEPTIMA -** El artículo 38 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, otorga facultad expresa a los órganos de gobierno de las entidades paraestatales, para fijar las bases, formas y porcentajes, a los que deban sujetarse las garantías que deban constituirse a su favor.

De la práctica administrativa se desprende que la fianza constituye el medio más idóneo para garantizar obligaciones a favor de los organismos descentralizados por los actos o contratos derivados de una licitación pública.



**DECIMA OCTAVA.**- Si bien es cierto que en artículo 24 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, el cual se continúa aplicando en tanto no se oponga a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en términos de lo dispuesto por el artículo Tercero Transitorio de esta última, prevé en su precepto 24, al cheque cruzado y a la fianza, indistintamente, como medios de garantía, también lo es que el 71 del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, es preciso al citar, que "salvo disposición expresa, la única forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a favor de las entidades, será mediante fianza otorgada por compañía autorizada en los términos de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas En casos excepcionales y previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán admitir otra forma de garantía o eximir de ésta".

**DECIMA NOVENA.**- Quienes participen en licitaciones públicas o celebren contratos, con organismos descentralizados, deberán garantizar: a) seriedad de las proposiciones, por un monto equivalente al 5% de su cotización; b) anticipo, esta garantía se constituirá por el 100% del monto autorizado; c) cumplimiento del contrato, garantía que se constituirá por el 10% del importe adjudicado, y d) vicios ocultos, sólo cuando se trate de obra pública, debiendo constituir garantía por un importe equivalente al 10% del monto total ejercido.

**VIGESIMA.**- Las pólizas de fianzas que se expidan a favor de los organismos descentralizados, deben someterse a un procedimiento especial para su pago en caso de

incumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos o contratos que con éstos se celebren, dicho procedimiento se encuentra estipulado en los artículos 93 y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

**VIGESIMA PRIMERA.**- Es de real interés hacer notar que las fianzas que se expidan a favor de los organismos descentralizados, sujetándose al procedimiento previsto en el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, resultan inoperantes, toda vez que aún cuando como ya se ha precisado, dichos órganos se encuentran investidos de personalidad jurídica y patrimonio propios, características que los facultarían para realizar sus reclamaciones directamente, éstas tienen que formularse por conducto de la Tesorería de la Federación, toda vez que en dicho precepto se les excluye de formar parte de la misma Federación.

**VIGESIMA SEGUNDA.**- Conforme al artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, serán exigibles a través de la Tesorería de la Federación. Por tanto el ente paraestatal beneficiario de una póliza de fianza carece de facultades para exigir las.

Pues conforme al artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los organismos descentralizados, componen la Administración Pública Paraestatal y, en consecuencia, de la interpretación conjunta de los ordenamientos citados, se desprende que las fianzas son otorgadas a favor de la Federación, por lo que sólo ésta a través de su Tesorería, puede exigir las.

**VIGESIMA TERCERA.-** Considerando que el presupuesto que anualmente se les asigna a los organismos descentralizados para el cumplimiento de sus objetivos, proviene del de Egresos de la Federación, y que el manejo de dichos recursos se sujeta a las bases constitucionales, a las que se encuentran obligados a sujetarse, deben considerarse parte de la Federación, por lo que se sugieren reformas al primer párrafo del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en el sentido de que se les incluya para efectos de las reclamaciones de pago ante las instituciones afianzadoras.

## BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, Segundo Curso de Derecho Administrativo, 2ª Edición. Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
- , Miguel, Teoría General de Derecho Administrativo Primer Curso. 12ª Edición. Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1995.
- AMARO GUZMÁN, Raymundo, Introducción a la Administración Pública, 2ª Edición. Edit. Mc Graw Hill Interamericana de México, México, 1993.
- BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Vol. I. 6ª Edición. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1965.
- CANASI, José, Derecho Administrativo, Vol. 2 (s.e.), Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1926.
- CORTIÑAS PELAEZ, León, Introducción al Derecho Administrativo I. Edit. Porrúa, México, 1992.
- DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 15ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- FAYA VIESCA, Jacinto, Administración Pública Federal. 2ª Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1983.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo (Servicios Públicos). Edit. Porrúa, México, 1995.
- FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 22ª, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, Derecho Administrativo, Tomo I. Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.
- GIORGI, Héctor, El Contencioso Administrativo de Anulación, (s.p.i.), Montevideo, 1958.
- GONZALEZ COSIO, Arturo, El Poder Público y la Jurisdicción en Materia Administrativa en México, 2ª Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1982.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho Procesal Administrativo Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México, 1988.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, La Licitación Pública, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A.,

México, 1993.

MARIA DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo II, 2ª Edición, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976.

MARTINEZ MORALES, Rafael, Derecho Administrativo Primer Curso, Colección de Textos Universitarios, 2a. ed. Editorial Harla México, 1994.

-----, Rafael, Derecho Administrativo 3er. y 4to. Cursos. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 2a. ed. Editorial Harla , México, 1997

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo Primer Curso . 16ª. Edición. Editorial Porrúa, S A., México, 1996.

----- Andrés, Derecho Administrativo Segundo Curso, 17ª Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles. 6ª Edición., Editorial Porrúa, S.A., México 1996.

VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho Administrativo,9ª Edición, Edit. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1987.

## LEGISLACIÓN

*Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos*

*Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*

*Ley Federal de las Entidades Paraestatales*

*Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*

*Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal*

*Ley de Adquisiciones y Obras Públicas*

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

*Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*

*Ley Federal de Instituciones de Fianzas*

*Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.*

*Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.*

*Código de Comercio*

*Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales*

*Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal*  
*Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios*  
*relacionados con Bienes Muebles*  
*Reglamento de la Ley de Obras Públicas*

### **JURISPRUDENCIA**

*Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia de la Suprema Corte de*  
*Justicia de la Nación, Segunda Sala, Sexta Epoca, Vol. CXVII, Tercera Parte.*

*Apéndice al Tribunal Fiscal de la Federación, Juicio Fiscal 13735/88, 3ª Epoca, Año II,*  
*agosto de 1989*

### **ECONOGRAFIA**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo-3,*  
*3ª Edición, Edit. Porrúa, , 1993.*

*Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Glosario de Términos más Usuales en la*  
*Administración Pública Federal, 2ª Edición, (s.p.i.)*