



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

LAS LICITACIONES PÚBLICAS INTERNACIONALES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO

SEMINARIO DE TALLER EXTRACURRICULAR
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

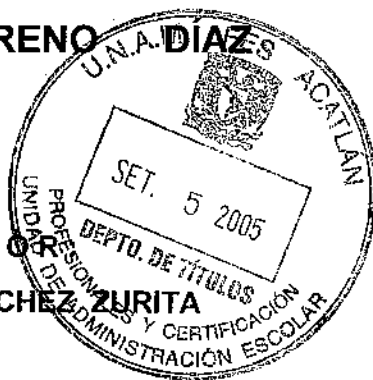
P R E S E N T A :

LILIANA MORENO



ASESOR

LIC. EMIR SÁNCHEZ ZURITA



m. 347539

SEPTIEMBRE 2005.



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Autorizo a la Asociación General de Bibliotecas de la
UNAM - Unidad de la zona de estudio e impartido el
contenido de un trabajo investigativo.

NOMBRE: LILIANA MORENO

DIA: 06 FECHA: Septiembre - 2005

FIRMA: PA- [Signature]

A DIOS:

Gracias Señor por las bendiciones
que has traído a mi vida, por la
oportunidad de empezar de nuevo y
por darme la fortaleza de realizar este sueño.

A MI ABUELITA:

Que aunque ya no estas conmigo,
te doy las gracias porque sin ti
esto no hubiera sido posible,
gracias por todo tu amor y apoyo

A MI MAMA:

Por ser la mejor madre del mundo,
por apoyarme incondicionalmente,
por confiar en mi y por ser el pilar
de mi hermosa familia.

A MI HERMANO:

Por ser mi ejemplo a seguir, por
tu apoyo y por ser el hermano
más maravilloso del mundo.

A MIS SOBRINOS PEPE Y TOÑO:

Por ser la luz de mi vida y llenarla
de felicidad.

A MI PAPA:

Por todo su amor y apoyo

A FATIMA:

A SIMON:

Gracias por apoyarme en todo momento
y por formar parte importante de mi familia

A MIS TIOS:

Jorge Díaz,
Francisca Mendiola,
Margarita Díaz,
Graciela Díaz,
Alejandra Díaz,
Refugio Chávez,
Guillermo Rodríguez,
Erick Calderón,

A MIS PRIMOS:

Julio Cesar Chávez,
Jorge Armenta,
Alejandro Calderón,
Manuel Díaz,
Mónica Mendiola,
Omar Mendiola,
Esther Mendiola,

Gracias por su amor y apoyo

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO:**

Por darme la oportunidad de cumplir
mi gran sueño.

A LA FES ACATLAN:

Por darme un lugar en ella y tener
la oportunidad de conocer y aprender
de excelentes profesores.

A MI ASESOR:

Lic. Emir Sánchez Zurita,

Por su apoyo y por hacer posible la
culminación de este trabajo con
la aportación de sus importantes
conocimientos.

A MIS MAESTROS:

Dr. Gabino Eduardo Castrejón García,
Lic. Roberto Rosales Barrientos,
Lic. Irene Díaz Reyes,
Lic. Roberto Cabrera Mendieta

Por ser la guía de este trabajo y por todas
sus enseñanzas.

LIC. VICTOR MANUEL FLORES VALADEZ

Por las oportunidades que me ha dado,
por brindarme en todo momento su apoyo
y sobre todo su amistad

LIC. PEDRO URBANO SÁNCHEZ

Por todas sus enseñanzas, sabios consejos
y su amistad

A MIS AMIGOS:

A todos ustedes gracias por su sincera amistad, por su apoyo incondicional, por su confianza, pero sobre todo porque han sido una parte fundamental para el logro de este trabajo y de muchas otras cosas importantes en mi vida

José Juan Martínez,
Gabriela Suárez,
Por ser mi guía en esos
momentos difíciles y sobre
todo mis grandes amigos

Francisco Burgoa Perea,
Fernando Rodríguez,
Claudia Liliana Sánchez,
Alejandro Carrillo López,
Roberto Tenorio,
Miriam Tenorio,
Jorge Tenorio,

Teresa Gómez Martínez,
Ma. Teresa Priego Velásquez,
Marco Antonio Mirafuentes,
Pedro Rosas Castro,
Felipe Cupil,
Raúl Rodríguez,

Adriana Rodríguez Loyola,
Marisol Cruz González,
Guadalupe Mejía Olivares,
Leonel Cruz Labastida,

Leonor Cuevas,
Carmen Cuevas,
Bárbara Bringas,
Irma Gómez,
Maricarmen,

Jorge Martínez Mata,
Eulalia Rodríguez,
Julio Díaz,
David Aguirre,
Edgar Rosas,
Maribel,

Nayeli Rodríguez,
Hugo Robles,
Alvaro Domínguez,
Ángel Solano,

LAS LICITACIONES PUBLICAS INTERNACIONALES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
ABREVIATURAS	III

CAPITULO I

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

1. Concepto	1
2. Naturaleza Jurídica	4
3. Clasificación de los contratos	10
4. Elementos	13
4.1 Sujetos como elemento esencial	14
4.2 Consentimiento	15
4.3 Objeto	16
4.4 Causa	17
4.5 Finalidad	18
5. Requisitos	18
5.1 Ejercicio de función pública	19
5.2 Competencia	19
5.3 Capacidad	20
5.4 Manifestación del Consentimiento	21
5.5 Vicios del Consentimiento	21
5.6 Forma	23
6. Extinción	24

CAPITULO II

MARCO JURIDICO CONSTITUCIONAL

1.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -----	25
2.	Tratados Internacionales -----	30
3.	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal -----	35
4.	Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal -----	40
5.	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público- 41	
6.	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ----	45
7.	Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos -----	52

CAPITULO III

LA LICITACION PUBLICA COMO FORMA DE CONTRATACION

1.	Concepto -----	54
2.	Formas de Licitación -----	58
	2.1 Licitación Pública Nacional -----	59
	2.2 Licitación Pública Internacional -----	61
3.	Excepciones a la licitación -----	65
	3.1 Adjudicación Directa -----	65
	3.2 Invitación a cuando menos 3 personas -----	66
4.	Proceso -----	68
	4.1 Bases de la licitación -----	70
	4.2 Convocatoria -----	73
	4.3 Entrega de posiciones -----	74
	4.4 Acto de Presentación y apertura de posiciones -----	76
	4.5 Fallo -----	77
	4.6 Celebración del contrato -----	80
5.	Infracciones y sanciones -----	85
6.	Recursos administrativos en la licitación -----	86

CAPITULO IV

ANALISIS DE LAS LICITACIONES PUBLICAS INTERNACIONALES EN EL MARCO DEL ARTICULO 134 CONSTITUCIONAL

1.	La Secretaría de Economía como autoridad que interviene en los procesos de licitación -----	90
2.	La Secretaría de la Función Pública como autoridad que interviene en los procesos de licitación -----	96
3.	Aplicación de las reservas a las compras de gobierno -----	104
4.	Licitaciones públicas y contratos celebrados al tenor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte -----	107
5.	Las compras de gobierno de Estados Unidos de Norteamérica y Canadá al tenor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte -----	113
6.	Ventajas o desventajas para los proveedores mexicanos en las licitaciones públicas internacionales -----	119

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La base fundamental del presente trabajo lo es el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que los recursos económicos de que disponga el Gobierno Federal, deben ser administrados con eficiencia, eficacia y honradez y, específicamente dice, tratándose de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra, deberán hacerse mediante licitaciones públicas.

Hay que considerar que los gobiernos son los principales compradores en los países y dichas compras gubernamentales representan aproximadamente entre un 10 y 15 % del producto interno bruto de cada país y el Gobierno Federal Mexicano, gasta anualmente entre el 25 y el 30% del Presupuesto de Egresos de la Federación en los procesos de contratación.

Estos procesos se realizan a través de alrededor de 20 mil licitaciones públicas anuales y un número indeterminado de licitaciones por invitación restringida, en las que participan más de 3 mil unidades compradoras de la Administración Pública Federal, licitaciones entre las cuales encontramos una cantidad considerable de licitaciones públicas internacionales.

Hay que considerar que actualmente México es el país con mayor número de tratados de libre comercio celebrados, que representa relaciones comerciales con más de 60 países y donde se incluyen capítulos específicos relacionados con las compras del sector público.

De dichos tratados internacionales, podemos considerar que el más significativo ha sido el Tratados de Libre Comercio con América del Norte, esto considerando que fue la primer relación comercial de México con otro país, ya que anteriormente la única relación era con la incorporación al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GAAT) y posteriormente a la Organización Mundial de Comercio (OMC), pero sin que en ellas existiera la obligación de realizar compras de gobierno, esto es, que no existía un apartado específico a este respecto.

Es por ello, que en el presente trabajo de investigación estudiare y analizare el tema de las compras que hace el Gobierno mexicano a través del sistema de licitaciones públicas internacionales a Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, así como si el TLCAN y en específico lo relacionados a las compras de gobierno, obligan a México a llevar a cabo licitaciones internacionales y a contratar los servicios que prestan empresas

extranjeras y de ser así, si existen restricciones para hacerlo o bajo que criterios; asimismo analizar si existe o no desplazamiento de la industria extranjera a la nacional, derivado del poco avance en la tecnología mexicana.

Analizare también si el sistema de licitaciones públicas mexicano cuenta con mecanismos y legislación eficientes para la obtención de los resultados deseados, es decir, que la empresa que resulte ganadora, garantice y cumpla con los objetivos deseados, y para el caso de que no se llegase a cumplir, qué acciones puede ejercer el gobierno.

La igualdad entre los países Parte es importante, por lo que analizare si existe esa igualdad de circunstancias en la participación de empresas nacionales en procesos similares en otros países y si las reglas u oportunidades de participación son equitativas.

En conclusión, investigar si es o no indispensable para el desarrollo del país y de su economía, celebrar contratos para adquirir bienes, servicios y obra pública con otros países.

ABREVIATURAS

LAASSP	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
LOPSRM	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
TLCAN	Tratado de Libre Comercio con América del Norte
SPF	Secretaría de la Función Pública
SE	Secretaría de Economía
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
PEMEX	Petróleos Mexicanos
CFE	Comisión Federal de Electricidad
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas

CAPITULO I

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

1. CONCEPTO

Para introducirnos en el tema de los contratos administrativos que es la base de este capítulo, comencemos dando un concepto de "contrato" de forma general.

La palabra contrato proviene del latín contractus, que quiere decir lo contraído, que es el participio del verbo contrahere, derivado de cum y traho, traducibles como venir en uno, ligarse, lo que se entiende como acuerdo de voluntades.

Para el Profesor José Castán Tobeñas, la concepción amplia del contrato se caracteriza por identificar la noción del contrato con la convención o acto jurídico bilateral, incluyendo en ella todo acuerdo dirigido a crear relaciones de obligación, o a modificar o extinguir las existentes, o a constituir relaciones de derecho real o de familia.¹

El Código Civil Federal en su artículo 1792 define al convenio como "el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones", y su artículo 1793 precisa: "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos", empero en su artículo 1859 establece que las disposiciones legales sobre contratos, serán aplicables a todos los convenios, por lo que pierde relevancia la distinción entre unos y otros.

Por su parte el Profesor Jorge Fernández Ruiz nos dice que por contrato entendemos "el negocio jurídico consistente en el acuerdo de voluntades- cada

¹ Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1941, t. Segundo, p. 575.

una orientada por sus propios fines-, con el propósito de crear o transferir derechos y obligaciones de carácter patrimonial”²

Existe una división de contratos y la misma consiste en la separación mental de las partes de que consta un todo, considerado desde un punto de vista determinado, en atención al ordenamiento legal que los regula, el universo de negocios contractuales y conforme al sistema jurídico mexicano se pueden dividir en: civiles, mercantiles, administrativos y laborales o de trabajo.

Existen diversas opiniones en cuanto a la definición de contratos administrativos, entre ellas se encuentran las siguientes:

El Doctor Delgadillo Gutiérrez, dice que “los contratos administrativos son aquellos que celebra la administración pública de acuerdo a las normas de derecho público que establecen las bases y efectos de su realización, con formas predeterminadas y con características particulares, en cuanto a su celebración, interpretación, ejecución y extinción”.³

Para el investigador Rafael Martínez Morales, los contratos administrativos son aquellos que celebra la administración, a efecto de cumplir con un fin público, o que por cuyo medio, se pretende satisfacer una necesidad pública.⁴

El Maestro Gabino Fraga dice que “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, de tal manera que la satisfacción de necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en el dominio del contrato administrativo”.⁵

² Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo Contratos, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000. Pág. 42

³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos del Derecho Administrativo, Primera edición, Editorial Limusa Noriega, México, 2000, Pág. 195

⁴ Martínez Morales, Rafael I., Derecho Administrativo 1º y 2º Curso, 2ª Edición, Editorial Harla, México, 2000. Pág. 121.

⁵ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo, 43ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003. Pág. 403

El Doctor Andrés Serra Rojas nos proporciona una definición de contrato administrativo: "Es un acuerdo de voluntades celebrado por una parte la Administración Pública, y por la otra, personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado".⁶

Por su parte el Doctor Alfonso Nava Negrete señala que el contrato administrativo "es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público".⁷

El Profesor Bercaitz por su parte, dice que "son aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica".⁸

Por su parte el profesor Jorge Fernández Ruiz, dice que "contrato administrativo es el acto celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado"⁹

⁶ Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. 24ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pag. 637.

⁷ Nava Negrete, Alfonso. "Contrato Administrativo". Diccionario Jurídico Mexicano III. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa, México, 1985. Pág. 294.

⁸ Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Ediciones De Palma. 2ª Edición corregida y actualizada. Buenos Aires 1993. Pág. 246-247.

⁹ Fernández Ruiz, Jorge. op. Cit.

Por último daré una definición, que de manera personal, considero más apropiada y que es la del Doctor Gabino Castrejón García, que señala que contratos administrativos " son aquellos actos en los cuales un órgano de la Administración Pública contrata la adquisición de bienes y servicios relacionados con los cometidos del Estado, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas. Estos actos son regulados a través de un régimen de Derecho Público y con facultades exorbitantes por parte del Estado."¹⁰ Dicha definición considero abarca perfectamente los elementos que encierran a dichos contratos y que los diferencian claramente de los contratos del derecho privado.

Es importante también mencionar que en relación a la existencia de los contratos administrativos, hay diversas opiniones; algunos autores los niegan y muchos otros argumentan su existencia, es por ello que en el siguiente punto ahondaremos en dichas opiniones.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La actividad del Estado está determinada para cumplir con sus fines y para lo cual desarrolla planes, programas, actos y operaciones.

Al respecto el Profesor Serra Rojas dice que la actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que debe alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza".¹¹

¹⁰Castrejón García, Gabino Eduardo, "Derecho Administrativo Constitucional", Cárdenas Velasco Editores, S.A. de C.V., 1ª Edición, México 2004, Pág. 550.

¹¹ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1981, Pág. 23

Ahora bien, es importante señalar que el Estado no puede cumplir con esos fines únicamente con la actuación de la administración pública como autoridad, esto es, ejecutando actos administrativos ni realizando dichos planes, programas, actos y operaciones, sino que tiene la necesidad de utilizar recursos humanos, materiales y financieros, es decir, personas físicas, bienes y servicios, a cuyo efecto toda administración pública requiere de la colaboración de los particulares, la cual la obtiene de manera voluntaria o forzosa. Voluntaria será cuando compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concede servicios públicos o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y, forzosa, mediante la nacionalización, expropiación, requisa y leva.

Esta colaboración de los particulares con el Estado, se dio bajo el esquema contractual dentro del marco del derecho privado, pero con el advenimiento del derecho administrativo, estos contratos se sujetarían a un régimen jurídico especial.

La aparición de este tipo de contratos trajo consigo una serie de discusiones, ya que como lo mencionamos anteriormente, existieron juristas que negaban su existencia, es por ello que en primer término hablaré de dichas teorías.

Existe una primera corriente que rechaza la existencia de los contratos administrativos y se basa en los siguientes criterios: los considera actos unilaterales, ya que dice existe una desigualdad jurídica de las partes, al no existir autonomía de su voluntad, toda vez que la de la administración pública es reglada o normada, y la del particular se reduce a aceptar las condiciones impuestas unilateralmente por el poder público. Entre los estudiosos del derecho que simpatizan con esta teoría se encuentran el jurista Otto Mayer, quien considera a los contratos administrativos no como negocios contractuales sino como actos administrativos unilaterales cuya eficacia se surtía al otorgar su consentimiento el

interesado ¹²; otros autores como Fritz Fleiner, Francesco d'Alessio y Oresye Ranelletti, compartieron esta teoría.

La segunda corriente encabezada por el investigador Hans Kelsen, rechaza la existencia de categorías de contratos como son los de derecho privado y de derecho público o administrativos, ya que argumenta que al no existir diferencia entre derecho público y privado no puede hablarse de contratos privados y públicos o administrativos.¹³

Otro seguidor de esta corriente fue el Profesor George Vedel quien dijo "que sólo existe Derecho Administrativo en el sentido preciso del término, cuando ese sistema de normas es sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre los particulares".¹⁴

La tercera corriente asimila los contratos administrativos a los de Derecho Privado al considerar a las normas y principios de este, suficientes para regular en su totalidad lo relativo a todos los contratos celebrables por la administración pública. Entre los autores que simpatizan con esta corriente, según cita el Profesor Jorge Fernández Ruiz¹⁵ se encuentra Cino Vitta, quien considera que pese a la desigualdad de las partes y la diferencia de valor de sus respectivas voluntades, que se manifiestan en la preponderancia derivada del poder de policía de la administración pública y no obstante que en ocasiones su objeto no esté en el comercio o se sitúe en un ámbito de monopolio, o bien, su contenido esté preestablecido en la ley sin dejar margen a la negociación entre las partes, puede contratar con los particulares bajo alguna regulación del derecho administrativo, como ocurre en los contratos de obra pública y en los de suministro, mas tales contratos son, a su juicio de derecho privado.

¹² Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, traducción directa del francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krostochin, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 126

¹³ Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, traducción de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México 1965, Pág. 105.

¹⁴ Vedel, George, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado. Madrid, 1980, Pág. 40.

¹⁵ Vitta Cino, citado por Jorge Fernández Ruiz, Op Cit , pág. 62

Analicemos ahora las corrientes que aceptan la existencia de los contratos administrativos. Comenzaremos por mencionar a la subjetiva, que asegura que un contrato será administrativo por el solo hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose por este conducto con los particulares; uno de los seguidores de esta corriente es el Profesor Alfonso Nava Negrete, quien señala concretamente que cuando uno de los contratantes forma parte de la administración pública, será un contrato administrativo.¹⁶

Por su parte, la teoría jurisdiccional, que por cierto fue muy debatible y tuvo poco eco, argumenta que a diferencia del contrato de derecho privado, cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo, siendo seguidor de esta corriente Alejandro Oliván y Borruel. Sin embargo, el Profesor Garrido Falla al respecto dijo que no se podía sustentar la existencia de dicho contrato de esta manera, toda vez que si su existencia dependiera del factor jurisdiccional, no podría haber contratos administrativos en donde no hubiera tribunales de lo contencioso administrativo, lo cual resulta absurdo, y así lo demuestra la realidad, pues la competencia jurisdiccional puede ser una consecuencia de la naturaleza del contrato, más no su factor definitorio.¹⁷

La teoría formal, como su nombre lo indica, basa la existencia del contrato administrativo en las formalidades específicas y predeterminadas, tales como la licitación previa o el apego a bases o condiciones preestablecidas, entre otras. Sin embargo esta teoría tampoco fue aceptada porque estas formalidades no son exclusivas de los contratos administrativos, ya que también están presentes en los contratos del derecho privado.

¹⁶ Nava Negrete, Alfonso, "Contratos Privados de la Administración Pública", Revista de la facultad de Derecho, México, Tomo XIII, número 51, 1963 Pág. 701

¹⁷ Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo. 5ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, Pág. 42

Existe la teoría de la naturaleza del contrato, en la que, cita el Maestro Jorge Fernández Ruiz, León Blum afirma que un contrato será administrativo sí, y solo sí, es de naturaleza administrativa, lo que se traduce en que sólo pueda celebrarse siendo una de sus partes una persona pública, sin significar por ello que todo contrato suscrito por persona pública sea administrativo.¹⁸

La teoría voluntarista atribuye a la voluntad de las partes la determinación de contrato administrativo o de derecho privado; esta teoría fue debatible y por ejemplo el profesor Sayagués Laso apunta: "El elemento voluntario- que las partes se hayan sometido al régimen de derecho público- tampoco es satisfactorio, pues dejaría librado a la voluntad de las partes determinar la naturaleza del contrato".¹⁹

La teoría de la cláusula exorbitante, nos habla de que será administrativo todo contrato cuyas cláusulas rebasen la órbita del derecho privado; por ejemplo atribuir derechos a la administración pública contratante no conferibles a ningún particular en contrato privado alguno; o bien, por otorgar al particular con quien contrata, poderes o facultades específicos respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado. Como dice el Profesor Héctor Jorge Escola: "La nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público".²⁰ Esta teoría fue objetada por no ser la causa para calificar lo administrativo de un contrato.

La teoría teleológica, por su parte, dice que el carácter de administrativo en un contrato será su finalidad, es decir que sus fines sean distintos a los contratos del

¹⁸ Citado por Fernández Ruiz, Jorge, op cit, pág. 75

¹⁹ Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª edición, Montevideo, 1963, Pág. 536

²⁰ Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984, Vol. I, Pág. 39

derechos privado, como pudiera ser la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés público o el logro de la utilidad pública.

El Doctor Luis Humberto Delgadillo al respecto manifiesta que esta teoría es muy discutible, toda vez que doctrinalmente no existe consenso acerca de la extensión del concepto de servicio público, puesto que mientras para algunos en el servicio público se agota toda la actividad administrativa, para otros sólo es una parte de ella; y, dice, de aceptar este criterio, quedarían fuera del concepto de contratos administrativos otros como el de obras públicas y suministro, que no implican la prestación de servicios públicos.²¹

La teoría legalista dice que sólo serán administrativos los contratos que la propia ley determina como tales.

Por su parte el Profesor José Pedro López, señala que existen contratos administrativos cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales.²²

Ahora bien, una vez señaladas las diversas teorías o corrientes para determinar si un contrato es administrativo o de derecho privado, diré que a mi juicio sí existen los contratos administrativos y coincido con lo que al respecto señala el Profesor Jorge Fernández Ruiz, en su teoría mixta, en cuanto a que para dar el carácter de administrativo a un contrato es necesario que reúna los siguientes requisitos: a) que una de sus partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa; b) que su celebración observe formalidades especiales; c) que su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no

²¹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, Compendio de Derecho Administrativo, segundo Curso, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 313

²² López-Eliás, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, Pág. 10

contrarias al derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y, por tanto, imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares; d) que tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público, o el logro del interés público, o de la utilidad pública; e) que las controversias que se susciten sean de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.²³

3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Existe una diversidad de clasificaciones de los contratos en general, sin embargo en este estudio, únicamente haré una breve mención de la clasificación que a mi juicio concentra a la mayoría de los contratos existentes.

Contratos unilaterales y bilaterales.- Unilaterales son aquellos en los que concurren a su formación dos partes, cada una de las cuales emite su declaración de voluntad para conformar un acuerdo, conforme al cual las obligaciones generadas son todas para una sola parte, la cual queda en posición exclusiva de deudor. Bilaterales o sinalagmáticos, son aquellos en los que ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, mismas que proceden todas del contrato mismo.

Gratuitos y onerosos.- Gratuito es aquel en el cual una de las partes procede con una intención de liberalidad, al tener como propósito otorgar a la otra un provecho o beneficio sin equivalente ni contraprestación alguna; Oneroso aquel en el que ambas partes se propongan obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente.

Conmutativos y Aleatorios.- serán Conmutativos cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato; aleatorio cuando la

²³ Fernández Ruíz, Jorge, op. cit., Pág. 81

prestación debida depende de un acontecimiento incierto, que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Preparatorios, Principales y Accesorios.- Preparatorios, son aquellos cuyo objeto consiste en crear una situación jurídica determinada para poder estar en condiciones de celebrar otro u otros contratos posteriores, con base en los primeros; Principales, son todos aquellos que existen por sí solos, por cuya razón se les conoce como independientes, sin que su existencia o validez dependa de otro contrato; Accesorios, los que dependen jurídica y lógicamente de otro, es decir, que existen como consecuencia o en relación de otro contrato.

De Ejecución Inmediata, Instantánea y de Tracto Sucesivo.- Inmediata cuya consumación llevan a cabo ambas partes en el momento mismo de su celebración; Instantáneos, cuyo efecto se produce en un solo acto, aún cuando éste no se efectúe en el momento de su celebración; De Tracto Sucesivo, son aquellos que su eficacia perdura esparcida en un lapso de tiempo más o menos amplio; el tracto sucesivo predica la eficacia duradera de un contrato.

Consensuales, Reales, Formales y Solemnes.- Consensuales, aquellos cuyo perfeccionamiento se logra por el solo consentimiento de las partes; Reales, son los que para su perfeccionamiento requieren de un principio de ejecución, como es la entrega o tradición de la cosa; Formales, son todos aquellos cuya validez queda supeditada a la observancia de una forma determinada, por ejemplo, que el consentimiento se manifieste por escrito; Solemnes, aquellos cuya existencia misma queda supeditada a cumplir cierta forma o solemnidad.

Nominados e Innominados.- Nominados, aquellos pertenecientes a categorías de práctica frecuente que, además de estar sujetos a la regulación contractual general, se han hecho acreedores de una normatividad jurídica especial para

todos los de su especie; Innominados, Son los que están sujetos a una disciplina legislativa especial.

Negociados y de Adhesión.- Negociados son los tradicionales, en los cuales los contratantes se ubican jurídicamente en un mismo plano, lo que les permite participar igualitariamente en la determinación y redacción de las cláusulas y condiciones contractuales. De Adhesión, son aquellos en que una de las partes ofrece e impone sus condiciones a la otra, a quien solo queda la opción de aceptarlas o rechazarlas íntegramente.

Contratos Base y Derivados o subcontratos.- Contratos Base, son aquellos en los cuales alguna de las partes adquiere derechos y asume obligaciones que, eventualmente, la pondrán en condiciones de subcontratar; Subcontratos o contratos Derivados, son aquellos que puede celebrar con un tercero, una de las partes de un contrato base, merced a los derechos adquiridos en el mismo.

A este respecto, existen también diversas teorías que clasifican a los contratos administrativos, señalando incluso algunos autores, que la clasificación de este tipo de contratos es la misma a la de los contratos de derecho privado; por otro lado, otros autores, como lo mencione en el párrafo anterior, dicen que debe existir una clasificación para los contratos administrativos.

La celebración de los contratos administrativos que realiza la administración pública está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual, servirá para seleccionar a su cocontratante. Por ello, el procedimiento formativo del acuerdo de voluntades es muy importante, y en esencia es semejante para cualquier contrato que celebre la Administración Pública, aunque puede variar en su forma dependiendo del objeto que la contratación persiga, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico que lo regule.

Por otro lado, tal procedimiento, como requisito formal del contrato a celebrarse, es obligatorio para la Administración Pública cuando el ordenamiento jurídico así lo indique, ya que de no llevarse a cabo daría lugar a la nulidad absoluta del contrato respectivo.

Además, dicho procedimiento es de naturaleza administrativa y, por lo tanto, se encuentra sujeto al régimen de derecho administrativo, ya que en él predomina el interés público, para cuyo objeto se establece.

Ahora bien, si este procedimiento resulta de carácter obligatorio, su formación varía, tomando en cuenta el objeto de la contratación y la regulación jurídica establecida, la cual en algunos casos será compleja y en otros, se llevará a cabo de manera más sencilla.

Por ello, según el régimen jurídico adoptado, la administración pública podrá elegir libre y directamente la persona con la cual contratará, o bien, carecerá de la libre elección y tendrá que hacerlo bajo una forma restringida.

4. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ha lo largo del tiempo ha existido confusión entre los autores respecto a los elementos y requisitos de los contratos y no solo administrativos sino en los de carácter privado; por lo que antes de analizar cada uno de los requisitos, mencionaré una definición del Profesor Fernández Ruiz, quien dice que por elemento entendemos cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales, por ser indispensables para su existencia, reciben la denominación de esenciales, así llamadas por que el contrato administrativo no puede existir careciendo de ellas; y por requisito entendemos toda condición indispensable para la validez del contrato.²⁴

²⁴ Idem

Entre los elementos esenciales de los contratos encontramos a los sujetos, consentimiento, objeto, causa y finalidad.

4.1 SUJETOS

Este es uno de los elementos más esenciales de los contratos administrativos y por definición, uno de ellos debe ser la Administración Pública, entendiendo a esta como los órganos que tienen a su cargo la función administrativa dentro del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial o un órgano constitucional autónomo, o bien un órgano de la administración pública paraestatal, pero siempre en ejercicio de una función administrativa y dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo, siendo el ejercicio de la función pública y la competencia, requisitos del contrato y no elementos como los analizaremos más adelante; el otro sujeto, será a quien se califica como cocontratante y que será un particular u otro órgano administrativo del Estado

En cuanto a la Administración Pública, el sujeto debe ser una persona física que obre en nombre y representación de la Administración Pública, es decir, dentro de la esfera de su competencia legal.

La Administración Pública en los contratos administrativos actúa como tal, es decir, como poder público con todos los privilegios que son inherentes a esa calidad y que no puede renunciar en forma tácita ni expresa, lo anterior en base a que las atribuciones con que cuenta la Administración Pública corresponden a la función y no a los funcionarios. No pudiendo ser renunciadas por ellos.

Dos puntos importantes que hay que tomar en cuenta en estos sujetos y que como ya lo dijimos no son elementos, sino requisitos, son: la competencia y la capacidad.

Para que el contrato no sea declarado inválido, los dos sujetos que analizamos deben tener aptitud legal para obligarse y ésta aptitud, tratándose de organismos administrativos, se llama competencia y tratándose de personas físicas o jurídicas de derecho privado, se llama capacidad. La competencia se determina en forma positiva ya que se establece lo que se puede hacer y la capacidad en forma negativa ya que se establece lo que no se puede hacer.

4.2 CONSENTIMIENTO

El consentimiento es esencial a todo contrato; para que haya contrato es indispensable que exista un acuerdo de voluntades, este acuerdo se produce mediante el consentimiento expresado por las voluntades de los dos sujetos que concurren a su formación.

El consentimiento del órgano administrativo se encuentra sometido a formas especiales de derecho público, a las cuales es menester ajustarse para que el contrato sea válido; por ejemplo, conforme a las Leyes de Adquisiciones y de Obras Públicas, el acta de fallo en un procedimiento de licitación pública o de invitación a cuando menos tres personas, por el que se determina contratar con el participante que reúne los requisitos solicitados en las bases del concurso, resulta de cierta forma el otorgamiento del consentimiento por parte del órgano administrativo convocante y, por lo que hace a la voluntad del particular cocontratante, ésta se expresa desde la adquisición de las bases técnicas bajo las cuales convoca la autoridad, o bien, a través de la propuesta técnica y económica que entregan al inicio del procedimiento de licitación o de invitación.

La expresión de la voluntad en los contratos administrativos, no se realiza mediante un procedimiento de libre discusión, sino que el consentimiento del cocontratante se manifiesta por medio de la adhesión a las cláusulas que son elaboradas por el propio órgano administrativo.

El Profesor Escola dice que "sin consentimiento y sin objeto no se concibe la existencia del contrato administrativo".²⁵

4.3 OBJETO

El objeto en los contratos administrativos es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo. Sin objeto no puede haber contrato; es un elemento tan esencial como la existencia de dos sujetos y el consentimiento. Las características esenciales del objeto es que debe ser cierto, posible, lícito y moral. No es indispensable que posea contenido patrimonial, pero puede ser evaluable y transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento. De igual manera el objeto no es inmutable en el contrato administrativo.

La Administración Pública en determinados casos puede variar unilateralmente el objeto del contrato dentro de ciertos límites por causas de interés público, todo lo cual se desconoce y es inadmisibles en el contrato de derecho Privado.

El objeto- la acción, la omisión, la cosa, el bien- debe ser personal del deudor en el contrato de derecho privado, en tanto que en el de derecho administrativo puede llegar a consistir también en una acción, omisión, cosa o bien de un tercero, como ocurre en el contrato de cesión de obra pública. Este es uno de los caracteres propios de los contratos administrativos: producir efecto con respecto a terceros que no han sido parte ni intervenido en el contrato. Celebrándose con un fin público o en salvaguarda de la satisfacción de una necesidad pública colectiva, el objeto del contrato se limita y circunscribe exclusivamente a ello. Existe, pues, una limitación de la autonomía convencional de las partes que no rige en principio el contrato de derecho privado.

²⁵ Escola, Héctor Jorge, Op. Cit. Pág. 184

Existen como vemos, diferencias muy grandes entre los contratos de derecho privado y los administrativos en cuanto al objeto, aun cuando éste es esencial para la existencia de los dos.

Si bien la Administración Pública puede elegir entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, hay casos en que esa elección resulta imposible por la naturaleza del objeto del contrato.

4.4 CAUSA

Existe un principio general de derecho que dice “no hay obligación sin causa”, principio que es aplicable a los contratos administrativos.

Por causa en los contratos administrativos entendemos aquel móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, es decir, es el porqué de su celebración, siendo diferente la causa del ente público a la de su cocontratante cuando éste es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia; en efecto, la importancia de la causa del órgano público contratante es de tal magnitud, que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público y no la del particular cocontratante, la que configura a este elemento esencial presupuesto en todo contrato administrativo.

La doctrina suele considerar a la causa como un elemento esencial presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, el investigador Héctor Jorge Escola afirma: “La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y la de una finalidad, implícitos en él y condicionados por los mismos sujetos”.²⁶

²⁶ Idem

El Profesor Garrido Falla a este respecto nos dice: "Mientras que la causa es la contestación al ¿por qué?, el fin responde al ¿para qué? del acto administrativo".²⁷

Para la Administración Pública la causa del contrato administrativo debe ser siempre objetiva, para el cocontratante es esencialmente subjetiva. Cuando la causa que le dio nacimiento al contrato administrativo no satisface más su motivo determinante- satisfacción de un fin público, de un servicio público, de una necesidad pública-, el contrato carece de causa.

4.5 FINALIDAD

Consiste en el fin último que se persigue con la celebración del contrato administrativo, esto es, el interés público que no es genérico, ya que varía de uno a otro contrato, según el fin particular a que responde cada uno conforme a la ley.

La finalidad perseguida con el actuar de la Administración Pública, tanto con relación a la emanación de un acto administrativo como a la concertación de un contrato administrativo, es lo que traduce en forma concreta el carácter teleológico de su acción.

Mientras que la causa en el derecho administrativo es objetiva, la finalidad responde a un criterio subjetivo por su necesaria adecuación en cada caso a las necesidades colectivas y a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emanación del acto o en la celebración del contrato. De ahí que para la Administración Pública es necesario indicar el motivo determinante de su conducta que debe ser explicitado claramente, ser materialmente exacto, lícito y moral.

²⁷ Garrido Falla, Fernando, Op. Cit., Pág. 123

5. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Entre los requisitos de los contratos administrativos encontramos el ejercicio de la función pública, competencia, capacidad, manifestación del consentimiento, vicios y la forma.

5.1 EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA

En cuanto a la administración pública, ésta debe cumplir con el requisito de actuar en ejercicio de la función administrativa en la celebración del contrato, lo cual implica la finalidad de satisfacer directa e inmediatamente el interés público, pues de lo contrario, sino actúa en ejercicio de la función pública, el contrato será de la administración pública, más no un contrato administrativo, sino de derecho privado.

El Profesor Jorge Fernández Ruiz, al referirse a la función administrativa nos dice que esta implica un contrato de naturaleza administrativa celebrado con el particular que decide desempeñarse como servidor público²⁸, de lo que podemos concluir que la persona que celebra a nombre del Estado un contrato administrativo, es quien debe contar con ese requisito de ser servidor público para que el contrato tenga validez.

5.2 COMPETENCIA

De acuerdo con el principio de legalidad, un sujeto, caracterizado en sentido amplio como ente de la administración pública, puede celebrar contratos administrativos si, y solo si, tiene competencia para ello. Empero, el que la Administración Pública contratante debe ser competente para celebrar el contrato no significa que esa competencia constituya un elemento o, sea un componente

²⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Diccionario de Derecho Administrativo, UNAM, México, 2003, Pág. 151

del contrato, sino un requisito de validez del mismo que debe satisfacer el ente público contratante. En consecuencia, un ente de la Administración Pública sólo será competente para celebrar los contratos administrativos que el orden jurídico vigente le autorice.

Para que el contrato no sea o pueda ser declarado inválido, los dos sujetos contratantes deben tener aptitud legal para obligarse, a esta aptitud se llama competencia, tratándose de organismos administrativos y capacidad, tratándose de personas físicas o jurídicas de derecho privado.

La Administración Pública actúa dentro de determinada órbita de competencia, es decir, aptitud para obrar en determinada materia. Lo mismo ocurre con todos los organismos administrativos descentralizados. También los funcionarios mediante los cuales la administración pública expresa su voluntad, tienen señalada una órbita legal de competencia que no pueden exceder, so pena de producir actos sin ningún valor jurídico.

5.3 CAPACIDAD

Siempre que el cocontratante del contrato administrativo sea un particular, éste deberá satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica. Independientemente de lo anterior, puede quedar obligado a satisfacer requisitos adicionales, como su inscripción en un padrón de proveedores, por ejemplo.

En materia administrativa, un organismo administrativo o un funcionario administrativo, no pueden hacer sino lo que expresamente están facultados para hacer.

Puede decirse entonces que la competencia se determina en forma positiva y la capacidad en forma negativa, ya que en la primera se determina lo que se puede hacer y en la segunda lo que no se puede hacer.

5.4 MANIFESTACION DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento es como ya vimos con anterioridad, el elemento esencial del contrato administrativo, sin embargo, para alcanzar eficacia se requiere satisfacer el requisito de manifestarse, de exteriorizarse; de lo contrario, el acuerdo de voluntades en torno al fin y objeto del contrato quedará inéxito y será ineficaz.

El consentimiento de la administración pública está sometido a formas especiales de derecho público. Toda la actividad jurídica de la Administración Pública es formal, pero en materia contractual, lo es con mayor razón, pues la manifestación de la voluntad de la Administración Pública, su consentimiento, debe expresarse en forma clara, precisa e inequívoca por conducto de los órganos que legalmente corresponde, abarcando todos los aspectos que comprende el contrato.

Como sabemos, en los contratos de derecho privado, el consentimiento puede ser tácito o expreso; sin embargo en los contratos administrativos, el consentimiento por parte del Estado para su concertación debe ser expreso. Sin embargo, existen ciertas circunstancias en que tanto para el cocontratante como para la Administración Pública el consentimiento es tácito; al cocontratante por la naturaleza de adhesión que inviste muchas veces la expresión de su voluntad y de la Administración Pública se da por su silencio cuando contractualmente así se ha pactado, o sin ello, por la omisión de aquellos actos que debiera emitir, si su voluntad fuera contraria a lo requerido o actuado por el cocontratante.

Los contratos administrativos al igual que los de derecho privado, pueden adolecer de vicios que lo invalidan, como pueden ser la violencia, el dolo, el error y la simulación.

La violencia física o moral ejercida sobre el agente es causal de nulidad del contrato y esto desde luego es también aplicable a los funcionarios del Estado que ejerzan violencia sobre el particular para obligarlo a celebrar el contrato.

El dolo, se interpreta en la doctrina como al artificio o maquinación empleado por uno de los contratantes para engañar al otro, de influir en su ánimo para conducirlo, mediante engaños, a la celebración del contrato, o para inducirlo a aceptar condiciones que no admitiría de no mediar el engaño, lo que en ambos casos invalida el consentimiento.

Al error suele equipararse a la ignorancia de hecho, interpretada como falta de conocimiento o carencia de concepto acerca de la misma y cuando este vicio aparece, se establece la imposibilidad de conformar un consentimiento válido para la celebración de cualquier contrato.

El error admite diversas modalidades, entre las que figura el error in negotio, referido a la causa o naturaleza del contrato, como ocurre cuando una parte cree entregar un inmueble en arrendamiento y la otra entiende recibirlo en comodato, en cuyo caso, por no darse el acuerdo de las dos voluntades dirigidas a un fin común, no se produce el consentimiento ni hay contrato de arrendamiento ni de comodato. El error in re o in corpore, se da cuando se refiere a la sustancia, a la calidad o a la cantidad de la cosa objeto del contrato. El error in persona atañe al nombre, a la identidad o a la cualidad de la persona, y habrá de invalidar el consentimiento tratándose del particular cocontratante en los contratos inuitu personae, como en el contrato de obra pública.

La simulación se interpreta como la declaración irreal de la voluntad emitida de común acuerdo por las partes, la apariencia de un contrato inexistente o al menos distinto al celebrado en la realidad; esa disconformidad entre la intención y la declaración simulada invalida el consentimiento y el contrato mismo, por estar encaminada a aparentar una situación que no existe y a ocultar lo que en realidad se pretende realizar. La simulación en los contratos administrativos es una de las herramientas favoritas de la corrupción.

5.6 FORMA

La palabra forma en derecho administrativo se puede utilizar de dos formas:

1. Restringida, es decir, concreta como se exterioriza la voluntad de quien emite el acto o la voluntad de las dos partes que celebran el contrato;
2. Amplia, que es como se cumplen en la Administración Pública las distintas etapas que dan origen al acto o al contrato y el modo en que se emite el acto o se celebra el contrato.

El Profesor Sayagués Laso, distingue las "formalidades" y las "formas", las primeras dice, constituyen el procedimiento mediante el cual se llega a la contratación, es decir, actos anteriores, concomitantes o posteriores a la concertación del contrato; la forma es el modo como se instrumenta el vínculo contractual.²⁹

Para nosotros las formalidades que llevan a la conclusión del contrato, como la licitación pública, son elementos no esenciales, ya que pueden existir contratos administrativos sin necesidad de que se cumplan tales requisitos.

²⁹ Sayagués Laso, Enrique, Op. Cit.

Existe al respecto, una clasificación de las formas y según el investigador Bielsa son: esenciales, sustanciales e integrales.³⁰

La forma esencial da existencia al acto; Si una expresión de voluntad no tiene forma, no hay acto ni contrato. La forma sustancial no atañe a la existencia, sino a la naturaleza del acto o del contrato, Se exige para alguna clase de ellos, sea en razón del objeto, sea por su importancia o por su índole. La forma integral es la que completa el acto, como la autorización y la aprobación.

La violación de las formas prescritas en las leyes o en los reglamentos, determina la invalidez de los actos y contratos administrativos como principio general.

6. EXTINCION

Existen diversas formas de extinción de los contratos administrativos: a) por expiración de su término en los contratos con plazo de duración, o por cumplimiento de las obligaciones pactadas; b) cuando son dejados sin efectos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, legitimidad o moralidad, o por hechos relativos o imputables al cocontratante; c) por imposibilidad material o jurídica sobreviniente a su celebración; d) por así solicitarlo el cocontratante; y, e) por rescisión de común acuerdo.

En el caso del inciso b), el Estado tiene la facultad de hacerlo, en algunos casos, unilateralmente en sede administrativa (revocación), y en otros, en sede judicial (nulidad). Por su parte si el cocontratante considera que el contrato se debe extinguir, primero deberá solicitarlo en sede administrativa y en caso de negativa, deberá acudir para solicitarlo y en su caso lograrlo al órgano jurisdiccional competente.

³⁰ Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, 6ª edición, Buenos Aires, 1964, Pág. 196

En los contratos administrativos con plazo de duración, el vencimiento del término es la causas de extinción, pero en todos los demás lo es el cumplimiento del objeto.

CAPITULO II

MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El Profesor José Pedro López, señala que: "toda la vida política se encuentra sometida a un orden fundamental, a una norma suprema, que guía a los seres humanos organizados en sociedad y que sirve de regla para todas sus actividades, a efecto de que se apeguen ala Ley, a esta disposición superior nosotros le llamamos Constitución. Ella es la que provee de órganos al Estado, quien se manifiesta como una persona jurídica, y se encuentra, mediante la gestión de sus negocios, en situación de verificar o realizar los fines que le son propios. La actividad de que una persona física o moral consagra a la gestión de sus negocios se denomina administración. La administración, en sentido amplio, a diferencia de la Constitución, viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales."³¹

La incorporación del procedimiento de licitaciones públicas se estableció por primera vez en la Constitución de 1917, ya que el Constituyente consideró necesario que hubiera una disposición que tuviera por objeto el aseguramiento de los concursos en los trabajos públicos de la Nación, para brindarle a ésta las mejores condiciones posibles, así como evitar fraudes y favoritismos y es así es que se crea el artículo 134 Constitucional, el cual establecía: "todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria y, para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública".

Lo anterior significaba que únicamente quedaban incluidos los contratos de obras públicas, excluyendo en forma automática, cualquier otro contrato.

El texto antes mencionado permaneció así hasta el año de 1982, fecha en la cual fue reformado y adicionado, pues ya no se utilizaría el término subasta, sino que fue sustituido y ampliado por el de licitaciones públicas a las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios de cualquier naturaleza, incluyendo la enajenación de todo tipo de bienes y no solo de obra pública.

Ahora bien, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, sigue siendo el fundamento de las licitaciones públicas, el cual a la letra dice:

“Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia,

³¹ López-Eliás, José Pedro. Op.Cit. Pág. 5

imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

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

Este es el artículo medular de este trabajo de investigación toda vez que del mismo se desprenden los fines que persigue el Estado a través de este procedimiento, sin embargo a lo largo de este estudio veremos si este mecanismo es aplicado de tal suerte que cumpla con los fines descritos, es decir, que el Estado obtenga las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad.

En el citado numeral también se describen los requisitos que debe reunir el procedimiento de la licitación, el cual está señalado paso a paso en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, los cuales analizaremos con posterioridad.

Otro punto importante que el texto Constitucional establece son los principios fundamentales que rigen la actuación de los servidores públicos en los procesos de adquisiciones, arrendamientos de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra, por lo que en caso de incumplirlos se puede originar una posible responsabilidad administrativa.

Ahora, analizaremos los principios que se establecen en el precepto Constitucional que se deben cumplir en la administración de los recursos económicos del Gobierno Federal y que a juicio del Profesor Andrade Sánchez,³² son:

a) **La eficiencia**, se puede entender como la virtud administrativa consistentes en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, es decir, obtener el fin al menos costo posible.

b) **La eficacia**, podemos considerarla una parte de la eficiencia y es la obtención del resultado práctico deseado. Este concepto nos dice que para el administrador público no necesariamente el precio deberá ser lo más indispensable, ya que podrán existir casos de emergencia en donde será necesario tomar en cuenta otros factores.

c) **La honradez**, este concepto se entiende por sí mismo y se refiere básicamente a la manera de obrar del que no roba, no estafa, no defrauda y no engaña, o bien, la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes; esto no se refiere exclusivamente al aspecto económico de no apoderarse de bienes ajenos, sino de no aprovecharse de la posición para obtener ventajas indebidas, lo que se traduce en la manera que debe comportarse todo servidor público.

d) **La imparcialidad**, es proporcionar un trato igual a los individuos que sean parte de un procedimiento determinado, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, limitándose a difundir legalmente el objetivo de dicho procedimiento, en base a los planteamientos formulados y material probatorio allegado.

Ahora únicamente haré una breve reseña de la aparición de los contratos administrativos.

³² Andrade Sánchez, Eduardo, "Comentarios al artículo 134 Constitucional", Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, Pág. 335.

Las primera regulaciones jurídicas de los contratos del Estado versaron sobre empréstitos públicos en el año de 1822 y fue en 1829 el gobierno mexicano dio la primera concesión de servicio público de transporte fluvial. En el año de 1826 el Congreso expide un decreto mediante el cual da a conocer las primeras normas jurídicas relativas al contrato de obra pública y esta es el principio de un sinnúmero de decretos mediante los cuales se autorizaba al Gobierno Federal a celebrar contratos para obtener un bien público. Fue en la Constitución de 1857 cuando se le otorgaron al Congreso facultades para fijar las bases mediante las cuales el ejecutivo pudiera contratar y aprobar empréstitos sobre el crédito de la nación, así como para dictar leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos, con lo que abrió la puerta para regular la contratación de obra pública referida a vías generales de comunicación y la concesión de su explotación para recuperar su costo.

Durante la época del porfiriato al igual que en la época de Antonio López de Santa Anna, el programa de obras públicas se hizo a través de contratos, cuyos adjudicatarios fueron arbitrariamente seleccionados a capricho de los dictadores y de sus allegados, lo que dio lugar a la aparición de contratistas privilegiados.

Durante 70 años de poder del Partido Revolucionario Institucional, pudimos observar que estas prácticas se seguían llevando a cabo, sin que existiera un órgano que tuviera facultades para vigilar el fiel cumplimiento al artículo 134 Constitucional y que en verdad los procesos de licitación que se llevaban a cabo, cumplieran con los fines del Estado, es decir, la satisfacción del bien público.

Otros preceptos Constitucionales que se encuentra íntimamente relacionados con el tema son los que mencionare a continuación:

El artículo 25, está enfocado al desarrollo económico nacional y establece que la rectoría económica le corresponde al Estado, al planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional y establece también que la Ley alentará y

protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional.

Considero que este precepto es sumamente importante ya que establece la obligación del Estado de crear mecanismos mediante los cuales, el sector privado colabore o contribuya al desarrollo económico del país y creo que una manera de hacerlo es participando en las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios que requiere el Estado.

Artículo 26, establece el principio de la planeación del desarrollo y dispone la organización de un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y democratización política, social y cultural.

La planeación será democrática al recoger las aspiraciones de la sociedad e incorporarlas al Plan y Programas de Desarrollo . Las adquisiciones y obra pública que realicen las dependencias y entidades deberán sujetarse a lo establecido en el presente artículo, así como en lo dispuesto en las leyes reglamentarias, la Ley de Planeación y al Plan Nacional de Desarrollo.

2. TRATADOS INTERNACIONALES

México tiene celebrados 11 tratados de libre comercio y que son:

1. (1993) Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
2. (1995) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela (TLC 63)
3. (1995) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica

4. (1995) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia
5. (1998) Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua
6. (1999) Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos
7. (2000) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Unión Europea
8. (2000) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel
9. (2001) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Guatemala, el Salvador y Honduras
10. (2001) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea.
11. (2005) Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y Japón.

El tratado internacional más importante, o quizá de mayor trascendencia es el que México tiene celebrado con América del Norte y Canadá, el cual analizaremos únicamente por cuanto hace a los capítulos de compras del sector público y de licitaciones públicas.

El tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN), fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1º de enero de 1994. Los principios fundamentales establecidos en el preámbulo de dicho tratado son los siguientes:

“Los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de Canadá y de los Estados Unidos de América, decididos a:

- *Reafirmar los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones,*

- *Contribuir al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional;*
- *Crear un mercado más extenso y seguro para los bienes y servicios producidos en sus territorios;*
- *Reducir las distorsiones en el comercio;*
- *Establecer reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial;*
- *Asegurar un marco comercial predecible para la planeación de las actividades productivas y de inversión;*
- *Desarrollar sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación internacional;*
- *Fortalecer la competitividad de sus empresas en los mercados mundiales;*
- *Alentar la innovación y creatividad y fomentar el comercio de bienes y servicios que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual;*
- *Crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida de sus respectivos territorios;*
- *Emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente;*
- *Preservar su capacidad para salvaguardar el bienestar público;*
- *Promover el desarrollo sostenible;*
- *Reforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental, y*
- *Proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos de sus trabajadores.”*

Ahora bien, considero importante mencionar lo que dispone el artículo 102 del mencionado TLCAN, toda vez que establece los objetivos primordiales de su celebración:

“Los objetivos del presente tratado expresados en sus principios y reglas, principalmente en trato nacional, trato de la nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:

- a) Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes;*
- b) Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;*
- c) Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;*
- d) Proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes;*
- e) Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado (TLCAN), para su administración conjunta y para la solución de controversias; y*
- f) Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.”*

Por lo que respecta al capítulo de compras del gobierno dentro del TLCAN, según el mencionado tratado su objetivo es:

“La regulación y el control de las medidas que las partes adopten o mantengan en relación a las adquisiciones, arrendamientos, servicios y servicios de construcción, que efectúen las

dependencias y entidades federales de México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, que fueron expresamente listados en sus respectivos anexos; y dependiendo del resultado de las negociaciones futuras.”

Entendiendo por compras de gobierno o del sector público, todas las adquisiciones de bienes, servicios y contratos de construcción; así como los contratos de arrendamiento o alquiler con o sin opción a compra.

El ámbito de aplicación de estas compras de gobierno abarca las compras realizadas de entidades y empresas que son señaladas en los anexos y que se dividen de la siguiente manera;

Anexo 1001. 1ª-1: Entidades del Gobierno Federal

Anexo 1001. 1ª-2: Empresas gubernamentales

Anexo 1001. 1ª-3: Entidades de los gobiernos estatales y provinciales

El capítulo en mención sólo aplica a las entidades federales y no obliga a gobiernos provinciales o estatales. Sin embargo, el artículo 1024 dispone que las partes procurarán consultar a los gobiernos estatales o provinciales con miras a lograr compromisos, sobre una base voluntaria y recíproca, para la incorporación a este capítulo de las compras de las entidades y empresas de los gobiernos estatales y provinciales.

El TLCAN tiene principios básicos que deben prevalecer en los procedimientos y contratos de compras de gobierno y que básicamente son el Trato Nacional y No Discriminación, esto es, que cada una de las partes otorgará a los bienes de otra Parte, a los proveedores de dichos bienes y a los proveedores de servicios de otra Parte, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus propios bienes y proveedores, y a los bienes y proveedores de otra Parte. Además ninguna de las partes podrá dispensar a un proveedor establecido localmente en

razón del grado de afiliación o de propiedad extranjeras, ni discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que los bienes y servicios ofrecidos por ese proveedor para una compra particular, sean bienes o servicios de otra Parte.

Ninguna de las Partes aplicará reglas de origen a bienes importados, distintas o incompatibles con las reglas de origen que esa parte aplique a las operaciones comerciales normales.

Una Parte podrá denegar los beneficios derivados del capítulo que estamos comentando a un prestador de servicios de otra Parte, cuando determine que el servicio está siendo prestado por una empresa que no realiza actividades de negocios importantes en territorio de cualquiera de las Partes o está bajo el control de personas de un país que no es Parte.

3. LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

Como sabemos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la Ley Suprema y de ella emanan todas las demás. Ya quedo señalado el fundamento Constitucional de las licitación públicas; ahora bien, es de suma importancia la existencia del fundamento de estas, pero de igual manera es importante señalar que existen autoridades facultadas para celebrarlas y, para poder hablar de ellas, nos remitiremos a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Dice la Ley, que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal. La administración pública centralizada está integrada por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; y, la administración pública paraestatal esta compuesta por los organismos descentralizados, las empresas de

participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos.

Nos ubicaremos entonces dentro de la Administración Pública Centralizada y dice la ley que para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al ejecutivo, habrá las siguientes dependencias:

- Secretaría de Gobernación
- Secretaría de Relaciones Exteriores
- Secretaría de la Defensa Nacional
- Secretaría de Marina
- Secretaría de Seguridad Pública
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público
- Secretaría de Desarrollo Social
- Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
- Secretaría de Energía
- Secretaría de Economía
- Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes
- Secretaría de la Función Pública
- Secretaría de Salud
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social
- Secretaría de la Reforma Agraria
- Secretaría de Turismo
- Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal

Ahora bien, de esta lista, analizaremos únicamente aquellas que intervienen de alguna manera en la celebración de contratos administrativos mediante el procedimiento de licitación pública.

Hablaremos primero de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Según el artículo 28 fracción I de la LOAPF dice que la secretaría intervendrá en todo tipo de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte y la fracción V del mismo numeral establece que la Secretaría concederá a los extranjeros licencias y autorizaciones para obtener concesiones y celebrar contratos. Como podemos ver su intervención en este asunto es mínima.

A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, según el artículo 31 fracción XIV de la LOAPF le corresponderá proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la Administración Pública Paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional, esto es que la Secretaría de Hacienda es la encargada de determinar en qué se gastarán los recursos asignados, atendiendo a las necesidades de la población, lo que resulta una labor de suma importancia en relación al tema que nos ocupa, ya que dentro de esas necesidades ubicamos a las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas;

Por su parte la fracción XVII del citado numeral dice que corresponderá a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos. Lo que significa que de alguna manera vigilará que el gasto destinado, en este caso, a las adquisiciones, arrendamientos y servicios, se aplique correctamente.

La fracción XXI dice que a dicha Institución le corresponderá opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y desincorporación de activos, servicios y ejecución de obras públicas de la Administración Pública Federal.

La fracción XXIII establece que la Secretaría vigilará el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación.

Lo anterior significa que primeramente opina sobre los lineamientos que se elaboren en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y posteriormente vigilará que dichas normas se cumplan.

A la Secretaría de Economía le corresponderá de acuerdo a la fracción XXVI del artículo 34 de la LOAPF registrar los precios de mercancías, arrendamientos de bienes muebles y contratación de servicios, que registrarán para el sector público; dictaminar los contratos o pedidos respectivos; autorizar las compras del sector público en el país de bienes de procedencia extranjera, así como, conjuntamente con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, autorizar las bases de las convocatorias para realizar concursos internacionales.

Como observamos, ésta dependencia del gobierno federal tiene una intervención importante dentro del rubro de compras del gobierno federal, toda vez que, aunque expresamente no lo señala la ley, será ella quien determine si una licitación pública puede ser o no internacional y posteriormente autoriza las bases de las convocatorias, dictamina los contratos a celebrar y autoriza las compras del sector público.

A la Secretaría de la Función Pública (anteriormente Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo) le corresponderá de acuerdo a la fracción I del artículo 37 de la LOAPF, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Inspeccionar el ejercicio del gasto público federal, y su congruencia con los presupuestos de egresos.

De acuerdo a la fracción VI, le corresponde organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración

Pública Federal, a fin de que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados con criterios de eficacia, buscando en todo momento la eficiencia, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa. Para ello podrá realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias, y dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias al efecto, tanto para las dependencias como para las entidades de la Administración Pública Federal.

Por su parte en la fracción VIII del citado numeral, se establece que a esta dependencia le corresponderá inspeccionar y vigilar, directamente o través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal.

La fracción XVII dice que la Secretaría conocerá e investigará las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas; aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándole para tal efecto la colaboración que le fuere requerida.

La fracción XIX menciona que le corresponde establecer normas, políticas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos, desincorporación de activos, servicios y obras públicas de la Administración Pública Federal.

Por último la fracción XXIII dice que regulará la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes muebles de la Administración

Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación, así como expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios y para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes que realice la propia Secretaría, o bien, terceros debidamente autorizados para ello.

Como podemos ver, la responsabilidad normativa de los procesos de las adquisiciones, arrendamientos y servicios; obras públicas y servicios relacionados con las mismas; almacenes, enajenaciones, baja y destino final de bienes muebles e inmuebles, así como la de administrar y conducir la política inmobiliaria del Gobierno Federal e inspeccionar y vigilar la observancia de la normatividad, se reúne en una sola persona, es decir la Secretaría de la Función Pública.

4. LEY DE PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y GASTO PÚBLICO FEDERAL

La celebración del contrato administrativo implica una erogación de recursos presupuestales por parte de las dependencias y entidades, por lo que debe atender a diversas disposiciones que rigen el gasto público que obligan a que la formalización de dichos contratos se efectúe por escrito.

El artículo 44 del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal dispone que las entidades deberán cuidar bajo su responsabilidad, que los pagos que se efectúen con cargo a sus presupuestos aprobados se realicen con sujeción a diversos requisitos como es el que se encuentren debidamente justificados y comprobados con los documentos originales respectivos, entendiéndose como justificantes las disposiciones y documentos legales que determinen la obligación de hacer un pago y, por comprobantes, los documentos que demuestren la entrega de las sumas de dinero correspondientes.

El artículo 69 del citado Reglamento, establece que para el ejercicio del gasto público federal por concepto de adquisiciones, servicios generales y obras, las entidades formalizarán los compromisos correspondientes mediante la adjudicación, expedición y autorización de contratos de obras públicas, pedidos para la adquisición de bienes y servicios y convenios y presupuestos en general, así como la revalidación de éstos; los que deberán reunir los mismos requisitos que los pedidos y contratos para que tengan el carácter de justificante.

De igual forma, el artículo 70 del Reglamento en comento, establece que para que los pedidos y contratos tengan el carácter de documentos justificantes, deberán, entre otras cuestiones, señalar con precisión su vigencia, importe total, el plazo de terminación o entrega de los servicios o bienes contratados, así como la fecha y condiciones para su pago.

Como se puede apreciar de lo anteriormente comentado, los contratos administrativos y en particular los regulados por la Ley de Adquisiciones y de Obras Públicas, al involucrar recursos económicos públicos en su celebración, requieren invariablemente observar la forma escrita, ya que es la manera requerida por la ley para justificar el ejercicio de dichos recursos.

5. LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PUBLICO

Anterior a la legislación actual, existía la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993, que entró en vigor el 1º de enero del año 1994, resultando muy importante toda

vez que fue el año en que inició la vigencia del Tratado de Libre Comercio celebrado entre México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

Fue en el año 2000 cuando se hace la separación de la obra pública y las adquisiciones, arrendamientos y servicios, creándose así la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Los antecedentes de esta Ley fueron:

- En el año de 1965 existió la Ley de Inspección de Adquisiciones
- En el año de 1972 Ley de Inspección de Adquisiciones
- En 1979, la Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal
- En 1985, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con bienes muebles
- En 1993, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

Ahora bien, analicemos la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, actualmente vigente.

Su artículo 1º a la letra dice:

“La Presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;*
- II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;*

- III. *La Procuraduría General de la República;*
- IV. *Los organismos descentralizados;*
- V. *Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal;*
- VI. *Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.*
- Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta ley, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que los rigen, sujetándose a sus propios órganos de control.*
- Los contratos que celebren las dependencias con las entidades o entre entidades, y los actos jurídicos que celebren entre dependencias, o bien los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta ley; no obstante, dicho actos quedarán sujetos a este ordenamiento, cuando la dependencia o entidad obligada a entregar el bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí mismo o contrate un tercero para su realización.*
- Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades emitirán, bajo su responsabilidad y de conformidad con este mismo ordenamiento, las políticas, bases y lineamientos para las materias a que se refiere este artículo.*

Las dependencias y entidades se abstendrán de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en este ordenamiento.”

Como podemos observar este es el punto medular de lo que son las contrataciones y compras del sector público federal, toda vez que en el mismo se establecen las bases generales para llevarlas a cabo, faculta a las entidades y dependencias que pueden realizarlas y, a continuación estudiaremos bajo qué criterios y lineamientos lo harán.

En el artículo 2º de la Ley que nos ocupa, se establece que quedarán comprendidos en este rubro:

- I. Las adquisiciones y los arrendamientos de bienes muebles;*
- II. Las adquisiciones de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, que sean necesarios para la realización de las obras públicas por administración directa, o los que suministren las dependencias y entidades de acuerdo con lo pactado en los contratos de obras;*
- III. Las adquisiciones de bienes muebles que incluyan la instalación, por parte del proveedor, en inmuebles de las dependencias y entidades, cuando su precio sea superior al de su instalación;*
- IV. La contratación de los servicios relativos a bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles, cuyo mantenimiento no implique modificación alguna al propio inmueble, y sea prestado por persona cuya actividad comercial corresponda al servicio requerido;*
- V. La reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles; maquila; seguros; transportación de bienes muebles o personas, y contratación de servicios de limpieza y vigilancia;*

VI. La contratación de arrendamiento financiero de bienes muebles;

VII. la prestación de servicios profesionales, así como la contratación de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, excepto la contratación de servicios personales bajo el régimen de honorarios, y

VIII. En general, los servicios de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, cuyo procedimiento de contratación no se encuentre regulado en forma específica por otras disposiciones legales.”

El artículo 6 de la citada LOAPF establece lo relativo al gasto que se utilizará para la contratación de estos servicios, el cual deberá sujetarse a las disposiciones específicas del Presupuesto de Egresos de la Federación, así como a lo previsto en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y demás disposiciones aplicables. Y que como ya dijimos anteriormente será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la encargada, junto con la de la Función Pública, de vigilar el estricto cumplimiento de estos asuntos.

Ahora bien, en esta Ley también se establecen los proceso de contratación a que se pueden sujetar la dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y para ello el artículo 25 del citado ordenamiento establece: “Las dependencias y entidades podrán convocar, adjudicar o contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, solamente cuando se cuente con la autorización global o específica, por parte de la Secretaría, del presupuesto de inversión y de gasto corriente, conforme a las cuales deberán programarse los pagos respectivos. En casos excepcionales y previa aprobación de la Secretaría, las dependencias y entidades podrán convocar sin contar con dicha autorización.

Y el siguiente artículo, es decir el 26, da la facultad a las entidades y dependencias de contratar, bajo su responsabilidad, adquisiciones,

arrendamientos y servicios mediante los procedimientos de contratación que ahí se señalan y que son: la licitación pública, la invitación a cuando menos tres proveedores y la adjudicación directa.

De igual forma esta ley prevé sanciones para aquellos servidores públicos que incurran en responsabilidad durante el desarrollo de los procedimientos de contratación, así como también existe un capítulo expreso respecto de las inconformidades que pudieran presentar los particulares por la contravención a las normas aplicables.

6. LEY DE OBRAS PUBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

La presente Ley que analizaremos, al igual que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, establece las bases y lineamientos que deben seguir las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para la contratación de obra pública.

Por su parte el artículo 1º enlista a las autoridades que podrán celebrar este tipo de contratos:

“ARTÍCULO 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;

II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;

- III. *La Procuraduría General de la República;*
- IV. *Los organismos descentralizados;*
- V. *Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una entidad paraestatal, y*
- VI. *Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.*

Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que los rigen, sujetándose a sus propios órganos de control.

Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien, los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta Ley. Cuando la dependencia o entidad obligada a realizar los trabajos no tenga la capacidad para hacerlo por sí misma y contrate a un tercero para llevarlos a cabo, este acto quedará sujeto a este ordenamiento.

No estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley, las obras que deban ejecutarse para crear la infraestructura necesaria en la prestación de servicios públicos que los particulares tengan concesionados, en los términos de la legislación aplicable, cuando éstos las lleven a cabo.

Los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo se realizarán conforme a lo dispuesto por los artículos 18 de la Ley General de Deuda Pública y 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y estarán regidos por esta Ley únicamente en lo que se refiere a los procedimientos de contratación y ejecución de obra pública.

Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades emitirán, bajo su responsabilidad y de conformidad con este mismo ordenamiento, las políticas, bases y lineamientos para las materias a que se refiere este artículo.

Las dependencias y entidades se abstendrán de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en este ordenamiento.”

Los artículos 3º y 4º por su parte, establecen las áreas o conceptos que integran las obras públicas y que es un punto muy importante a considerar por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal:

“ARTÍCULO 3.- *Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:*

- I. El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;*
- II. Los trabajos de exploración, geotécnia, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina;*

III. Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;

IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria;

VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten, y

VIII. Todos aquellos de naturaleza análoga.”

“ARTÍCULO 4.- Para los efectos de esta Ley, se consideran como servicios relacionados con las obras públicas, los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regula esta Ley; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones. Asimismo, quedan comprendidos dentro de los servicios relacionados con las obras públicas los siguientes conceptos:

I. *La planeación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de ingeniería básica, estructural, de instalaciones, de infraestructura, industrial, electromecánica y de cualquier otra especialidad de la ingeniería que se requiera para integrar un proyecto ejecutivo de obra pública;*

II.- *La planeación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto urbano, arquitectónico, de diseño gráfico o artístico y de cualquier otra especialidad del diseño, la arquitectura y el urbanismo, que se requiera para integrar un proyecto ejecutivo de obra pública;*

III. *Los estudios técnicos de agrología y desarrollo pecuario, hidrología, mecánica de suelos, sismología, topografía, geología, geodesia, geotécnia, geofísica, geotermia, oceanografía, meteorología, aerofotogrametría, ambientales, ecológicos y de ingeniería de tránsito;*

IV. *Los estudios económicos y de planeación de preinversión, factibilidad técnico económica, ecológica o social, de evaluación, adaptación, tenencia de la tierra, financieros, de desarrollo y restitución de la eficiencia de las instalaciones;*

V. *Los trabajos de coordinación, supervisión y control de obra; de laboratorio de análisis y control de calidad; de laboratorio de geotecnia, de resistencia de materiales y radiografías industriales; de preparación de especificaciones de construcción, presupuestación o la elaboración de cualquier otro documento o trabajo para la adjudicación del contrato de obra correspondiente;*

VI. *Los trabajos de organización, informática, comunicaciones, cibernética y sistemas aplicados a las materias que regula esta Ley;*

VII. Los dictámenes, peritajes, avalúos y auditorías técnico normativas, y estudios aplicables a las materias que regula esta Ley;

VIII.- Los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir, sustituir o incrementar la eficiencia de las instalaciones en un bien inmueble;

IX.- Los estudios de apoyo tecnológico, incluyendo los de desarrollo y transferencia de tecnología entre otros, y

X.- Todos aquellos de naturaleza análoga.”

El artículo 7º esta relacionado con el presupuesto que deberá estar destinado a este concepto y que deberá estar sujeto al presupuesto de egresos de la federación:

“ARTÍCULO 7.- El gasto para las obras públicas y servicios relacionados con las mismas se sujetará, en su caso, a las disposiciones específicas del Presupuesto de Egresos de la Federación, así como a lo previsto en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y demás disposiciones aplicables.”

Por su parte el artículo 9º da facultades a la hoy Secretaría de Economía (antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) para que emita las reglas a las que deben estar sujetas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal al llevar a cabo este tipo de contrataciones, considerando importante la mención que hace en cuanto a la participación de las empresas nacionales:

“ARTÍCULO 9.- Atendiendo a las disposiciones de esta Ley y a las demás que de ella emanen, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial dictará las reglas que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan

por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas.

Para la expedición de las reglas a que se refiere el párrafo anterior, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial tomará en cuenta la opinión de la Secretaría y de la Contraloría.”

El artículo 11º prohíbe a las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal llevar a cabo procedimientos de contratación de obra pública, sin sujetarse a los ya establecidos en la Ley:

“ARTÍCULO 11.- *Corresponde a las dependencias y entidades llevar a cabo los procedimientos para contratar y ejecutar las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, por lo que en ningún caso se podrán contratar servicios para que por su cuenta y orden se contraten las obras o servicios de que se trate.”*

“ARTÍCULO 16.- *Los contratos celebrados en el extranjero respecto de obras públicas o servicios relacionados con las mismas que deban ser ejecutados o prestados fuera del territorio nacional, se regirán por la legislación del lugar donde se formalice el acto, aplicando en lo procedente lo dispuesto por esta Ley. Cuando las obras y servicios hubieren de ser ejecutados o prestados en el país, tratándose exclusivamente de licitaciones públicas, su procedimiento y los contratos que deriven de ellas deberán realizarse dentro del territorio nacional.”*

La Contratación de la obra pública esta sujeta a ciertas disposiciones que también son reguladas por la Ley en comento y las dependencias o entidades deben sujetarse a ellas.

7. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

De acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 134 Constitucional, que mencionamos anteriormente, los servidores públicos juegan un papel muy importante en el desarrollo de los procedimientos de licitación, y por consiguiente, existe una ley que establece las obligaciones de éstos y las sanciones en caso de incumplimiento y esta ley es la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, misma que contiene como ya se dijo, un artículo específico de las obligaciones de los servidores públicos que es el 8º y entre dichas obligaciones se encuentran: cumplir con el servicio que les sea encomendado, formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos; utilizar debidamente los recursos que tengan asignados; rendir cuentas sobre el ejercicio de sus funciones; custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo tenga bajo su responsabilidad. Cualquier incumplimiento a estas, serán acreedores a una sanción administrativa que puede ir desde una amonestación hasta la inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, esto después de sujetarse a un procedimiento administrativo.

En cuanto a los procedimientos de licitaciones, los servidores públicos tienen la responsabilidad de la administración de los recursos económicos, el análisis de cada una de las propuestas técnicas y económicas de los proveedores, el trato por igual a las empresas, garantizando una libre competencia, fundamentar correctamente al realizar adjudicaciones directas.

Sin embargo es difícil pensar que estos procedimientos no se encuentren viciados y haya transparencia en la elección del proveedor o contratante, pues en realidad como ya vimos, quien determina la adjudicación del contrato es la misma entidad y hemos sabido de innumerables casos en que la prestación de servicios,

adquisiciones y obra pública son adjudicados a empresas que representan grandes intereses para la entidad.

CAPITULO III

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. CONCEPTO

La palabra licitación etimológicamente deriva del latín *licitatione*, que es un ablativo de *licitatio-onis*, que significa "venta en subasta" y gramaticalmente consiste en la acción de licitar, que quiere decir ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda. De ahí que la palabra licitación se confunda con los términos de concurso o subasta, pero jurídicamente tienen una concepción diferente.

Desde el punto de vista del derecho administrativo, la licitación pública es considerada como un procedimiento administrativo, por el cual la administración pública elige como cocontratante a la persona física o jurídica que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.

Para el Profesor Serrano, "la licitación pública constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública".³³

El Profesor Sayagués Laso por su parte, define a la licitación pública como "el procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos

³³ Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo, La Contratación Administrativa, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991, Pág. 38

principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones”.³⁴

La licitación dentro del campo del Derecho Administrativo constituye una figura jurídico administrativa y la podemos definir como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige, como cocontratante a la persona física o jurídica que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.

Podemos señalar que la licitación pública no es en sí un contrato administrativo, sino en realidad es un conjunto de actos administrativos que nos llevan a un procedimiento de igual manera administrativo, preparativo de la voluntad contractual, esto es, que hasta la culminación de ese procedimiento será cuando se exteriorice el acuerdo de voluntades. Esto el Doctor Humberto Delgadillo³⁵ lo traduce en los siguientes puntos:

- a) La licitación pública es un procedimiento en virtud de que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- b) Dicho procedimiento tiene como finalidad la de escoger la persona física o jurídica, con la cual la Administración Pública habrá de celebrar el contrato determinado.
- c) La selección se hace sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas para la Administración Pública.

Existen ciertos principios jurídicos de la licitación y son:

* La Concurrencia, es la que 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 posibilidades de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias

³⁴ Op. Cit., Pág. 42

³⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Manuel Lucero Espinosa, Op. Cit. Pág. 322

pertinentes. Punto importante para cumplir con este principio es la publicación de la convocatoria, la cual deberá realizarse con toda oportunidad.

* La igualdad, que considero es uno de los principios más importantes de la licitación pública, ya que ayuda a cumplir con el objetivo principal de la misma que es el de obtener para el Estado la oferta más conveniente, esto es, 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.

Este principio rige todas las fases del procedimiento licitatorio, desde la formulación de las bases o pliego de condiciones hasta la adjudicación. Al respecto el Maestro Bercaitz dice: "el pliego que contiene el llamado, no puede crear favoritismos hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura del acto para evitar que el conocimiento de las presentadas por algunos sirva para reacomodar los datos de otro competidor; las aclaraciones al pliego deben ser hechas con suficiente anticipación y publicadas para conocimiento de quienes se presenten; las ofertas deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser modificadas por nadie con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, que debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismos que determinarían su nulidad absoluta"³⁶

Este principio tan importante rige tanto para los licitadores como para la Administración Pública, ya que como observamos de lo manifestado anteriormente, se refiere tanto a la posición que guardan los oferentes frente a la Administración, como a la posición de cada uno de ellos frente a los demás.

³⁶ Bercaitz, Miguel Angel, Op. Cit. Pág.

* La publicidad, implica la posibilidad de que los interesados conozcan de todo lo relativo acerca de la licitación, esto es desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas.

Este principio es el rector del procedimiento administrativo, pues implica el conocimiento de las actuaciones administrativas y que a su vez presupone una característica de la garantía de audiencia del gobernado, prevista en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es por ello que la publicidad en el procedimiento de licitación, 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 para la evaluación de las ofertas.

* Oposición o contradicción, este principio deriva 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.

En este tipo de procedimiento resulta de lo más común la existencia de intereses contrapuestos por parte de los particulares, es por ello que la Administración Pública está obligada a dar a conocer a cada uno de los interesados en el proceso las impugnaciones, ya que de no hacerlo así, la resolución que recaiga a esas impugnaciones estará viciada de ilegalidad.

Ahora bien, la tramitación de la licitación pública además de perseguir como finalidad asegurar para la Administración Pública las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, también contempla la eficiencia, eficacia y honradez, aspectos estos que dice el Doctor Humberto Delgadillo, integran la moral administrativa.³⁷

Esta moral administrativa a la que se refiere el autor mencionado, evita en cierto modo la complicidad entre funcionarios y contratistas o proveedores del Estado que llevarían a adjudicaciones con motivos diversos a los requeridos por la Administración Pública.

2. FORMAS DE LICITACION

Considero importante comenzar por hacer algunas consideraciones del por qué es importante analizar las formas de licitación y los procedimientos.

Lo anterior obedece a que los sistemas de compras del sector público constituyen en la mayoría de los países del mundo un apartado de relevancia considerable, ya que por una parte coadyuvan a cumplir las funciones de la utilidad pública y la satisfacción del interés general por parte de los poderes públicos, al tiempo que impulsan y fomentan la actividad económica.

De hecho, los gobiernos son los principales compradores en los países, representan aproximadamente en las compras gubernamentales entre un 10 y 15 por ciento del producto interno bruto de cada país.

En cuestión de legislación, nuestro sistema jurídico mexicano, desde su texto constitucional, da preeminencia principalmente a las licitaciones públicas, como

³⁷ Delgadillo Gutiérrez, Op. Cit., Pág. 324

procedimiento o regla en que se procura obtener no únicamente el mejor precio, sino también la mejor oferta en cuanto a calidad y oportunidad.

México es actualmente el país con más tratados de libre comercio celebrados, que representa relaciones comerciales con más de 60 países y donde se incluyen capítulos específicos, relacionados también con las compras del sector público.

Para cumplir con los fines que establece nuestra Carta Magna, la misma también establece como mecanismo la licitación y al respecto las leyes reglamentarias del artículo 134 Constitucional, que son la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen dos tipos de licitaciones: las Nacionales y las Internacionales.

2.1 NACIONALES

El artículo 28 de la primera ley mencionada, dice:

“Las licitaciones públicas podrán ser: I. Nacionales cuando únicamente puedan participar personas de nacionalidad mexicana y los bienes a adquirir sean producidos en el país y cuenten por lo menos con un cincuenta por ciento de contenido nacional, el que será determinado tomando en cuenta el costo de producción del bien, que significa todos los costos menos la promoción de ventas, comercialización, regalías y embarque, así como los costos financieros. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, mediante reglas de carácter general, establecerá los casos de excepción correspondientes a dichos requisitos, así como un procedimiento expedito para determinar el grado de contenido nacional de los bienes que se oferten, para lo cual tomará en cuenta la opinión de la Secretaría y de la Contraloría.”

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, de oficio o a solicitud de la Contraloría, podrá realizar visitas para verificar que los bienes cumplen con los requisitos señalados en el párrafo anterior...”

El artículo que antecede nos da dos supuestos para que la licitación pueda considerarse nacional:

Primero, que únicamente puedan participar personas de nacionalidad mexicana, recordemos que puede haber mexicanos por nacimiento y por naturalización, por nacimiento son aquellas personas que nazcan en territorio nacional sea cual fuera la nacionalidad de sus padres; los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre o madre mexicanos nacido en territorio nacional; los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre o madre mexicano por naturalización; y, los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercante.

Son mexicanos por naturalización, los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización y la mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con la Ley.

En relación a las personas morales, estas serán de nacionalidad mexicana cuando se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal. En materia de sociedades, deberá cumplirse, para su constitución, con el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera, para precisar la condición de los socios en caso de haber extranjeros.

Segundo, cuando los bienes a adquirir sean producidos en el país y cuenten con un cincuenta por ciento, por lo menos, de contenido nacional. Esto significa que durante el proceso de producción o fabricación, la materia prima de la que está

compuesto o integrado, sea en su mayoría de producción nacional y no sean materias primas importadas.

Ahora bien, el artículo 30 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece también dos tipos de licitaciones. Analizaremos inicialmente las nacionales y que a la letra dice:

“Las licitaciones públicas podrán ser: I. Nacionales, cuando únicamente puedan participar personas de nacionalidad mexicana...”

Como podemos observar este numeral es muy concreto en señalar cuándo una licitación será nacional y esto se debe a la naturaleza de la ley que son las obras públicas, aunque desde mi personal punto de vista, debería señalarse al igual que en la de adquisiciones, arrendamientos y servicios, el contenido nacional, ya que si bien es cierto no se trata de bienes, también lo es que en la obra pública se utilizan materiales, los que considero debieran ser todos de origen nacional.

2.2 INTERNACIONALES

El numeral 28 de la LAASSP en su fracción II, nos habla de las licitaciones Internacionales:

“ II. Internacionales, cuando puedan participar tanto personas de nacionalidad mexicana como extranjera y los bienes a adquirir sean de origen nacional o extranjero.

Solamente se deberán llevar a cabo licitaciones internacionales, en los siguientes casos;

a) *Cuando resulte obligatorio conforme a lo establecido en los tratados;*

b) Cuando, previa investigación de mercado que realice la dependencia o entidad convocante, no exista oferta de proveedores nacionales respecto a bienes o servicios en cantidad o calidad requeridas, o sea conveniente en términos de precio;

c) Cuando habiéndose realizado una de carácter nacional, no se presente alguna propuesta o ninguna cumpla con los requisitos a que se refiere la fracción I de este artículo, y

d) Cuando así se estipule para las contrataciones financiadas con créditos externos otorgados al gobierno federal o con su aval.

En este tipo de licitaciones la secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretaría de Economía), mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, determinará los casos en que los participantes deberán manifestar ante la convocante que los precios que presentan en su propuesta económica no se cotizan en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional en su modalidad de discriminación de precios o subsidios.

Podrá negarse la participación a extranjeros en licitaciones internacionales, cuando con el país del cual sean nacionales no se tenga celebrado tratado y ese país no conceda un trato recíproco a los licitantes, proveedores, bienes o servicios mexicanos.”

Por su parte la LOPSRM, en el artículo 30, establece:

“ Las licitaciones públicas podrán ser: II. Internacionales, cuando puedan participar tanto personas de nacionalidad mexicana como extranjera.

Solamente se deberán llevar a cabo licitaciones internacionales en los siguientes casos:

a) cuando resulte obligatorio conforme a lo establecido en los tratados;

b) cuando, previa investigación que realice la dependencia o entidad convocante, los contratistas nacionales no cuenten con la capacidad para la ejecución de los trabajos o sea conveniente en términos de precio;

c) cuando habiéndose realizado una de carácter nacional, no se presenten propuestas; y,

d) cuando así se estipule para las contrataciones financiadas con créditos externos otorgados al Gobierno Federal o con su aval.

Podrá negarse la participación a extranjeros en licitaciones internacionales, cuando con el país del cual son nacionales no se tenga celebrado un tratado y ese país no conceda un trato recíproco a los licitantes, contratistas, bienes o servicios mexicanos.

En las licitaciones públicas podrá requerirse la incorporación de materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente, de fabricación nacional, por el porcentaje del valor de los trabajos que determine la convocante.”.

En el capítulo anterior ya hablamos de los Tratados Internacionales donde México es parte y en específico el celebrado con América del Norte y Canadá. Por lo que ahora únicamente nos referiremos al capítulo de compras de gobierno.

El TLCAN en su sección B, establece tres tipos de licitaciones:

- Licitación abierta. Es aquella que se lleva a cabo, substancialmente, con las siguientes características:

a) Existe una convocatoria abierta a cualquier participante de las partes, ya sea Canadá, Estados Unidos o México;

b) Existen bases de licitación que tendrán que ser entregadas a los participante;

c) Se establece plazo para la recepción de ofertas por la convocante, el cual no debe ser menor de 40 días;

d) Se permiten ofertas transmitidas por télex, telegrama, telefácsimil o cualquier otro medio de transmisión electrónica.

- Licitación selectiva. Lo único que la diferencia de la anterior, es que la entidad convocante sólo invita a participar a aquellos proveedores que se encuentren en una lista de la entidad y que previamente hayan sido calificados.

- Licitación restringida. Es aquella que se lleva a cabo sin cumplir con los requisitos de la licitación abierta y adjudicando directamente en los siguientes casos:

a) en ausencia de ofertas, en respuesta a una convocatoria de licitación abierta o selectiva;

b) cuando se trate de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;

c) cuando existan razones de extrema urgencia;

d) cuando se trate de entregas adicionales del proveedor inicial;

e) cuando una entidad adquiera prototipos;

f) para bienes adquiridos en un mercado de productos básicos;

g) para compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables

h) para contratos que serán adjudicados al ganador de un "concurso" de diseño arquitectónico;

i) cuando una entidad requiera de servicios de consultoría, relacionados con aspectos de naturaleza confidencial.

De lo anteriormente señalado podemos hacer varias precisiones:

Las licitaciones públicas internacionales pueden ser llevadas a cabo por todas aquellas dependencias y entidades que se encuentran incluidas en los anexos correspondientes a las listas de entidades del Gobierno Federal y empresas

gubernamentales de México o en los títulos o capítulos de compras del sector público, desde luego siguiendo o cumpliendo con los lineamientos establecidos tanto en el tratado como en la legislación.

También es importante hacer hincapié que en las licitaciones públicas internacionales únicamente podrán participar personas físicas que tengan la nacionalidad de alguno de los países con que México sostenga una relación comercial, por virtud de la suscripción de un tratado de libre comercio, en cuya negociación se incluyó una cobertura en materia de compras del sector público; y para personas morales que hayan sido constituidas u organizadas a las leyes de alguno de los países con los que hemos suscrito un tratado que contiene un título o capítulo de compras del sector público.

Ahora bien, dentro del Tratado de Libre Comercio celebrado entre México, América del Norte y Canadá, específicamente en la Sección B, se establece el procedimiento que se deberá seguir para las licitaciones públicas internacionales y que será el que deberá regir y no el establecido tanto en la LAASSP como en la LOPSRM, y recordemos que por encima de las leyes reglamentarias se encuentran los tratados.

3. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN

Tanto los tratados como la LAASSP y la LOPSRM, establecen que para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como para la obra pública, existirán casos de excepción a la licitación pública; en las leyes se establecen la adjudicación directa y la invitación a cuando menos tres personas, justificando en todo momento las razones por las que se opta por estos tipos de adjudicación; y, en el TLCAN se establecen la licitación selectiva y la licitación restringida, que ya analizamos párrafos atrás.

3.1 ADJUDICACIÓN DIRECTA

Los artículos 40 y 42 de la LAASSP, establecen excepciones a la licitación pública y dicen que bajo estricta responsabilidad de las dependencias o entidades, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública y celebrar contratos a través de la adjudicación directa; sin embargo, la dependencia o entidad deberá cumplir con ciertos requisitos como, que el importe de la operación no exceda de los montos máximos que al efecto se establezcan para el Presupuesto de Egresos de la Federación; dicha circunstancia deberá estar fundada y motivada, según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, que aseguren las mejores condiciones para el Estado. Por su parte los artículos 41 y 42 de la LOPSRM, establece también excepciones a la licitación pública y dicen que bajo estricta responsabilidad de las dependencias o entidades, podrán contratar obras públicas o servicios relacionados con las mismas, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública y celebrar contratos a través de la adjudicación directa; sin embargo, la dependencia o entidad deberá cumplir con ciertos requisitos como, que solo podrán celebrarse con una determinada persona; cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales; cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados; que derivado de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate; se hubiese rescindido el contrato respectivo por causas imputables al contratista; se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas; se trate de trabajos de mantenimiento, restauración, reparación y demolición de inmuebles, en los que no sea posible precisar su alcance; se trate de trabajo que requieran fundamentalmente de mano de obra campesina o urbana marginada; se trate de servicios relacionados con las obras públicas prestadas por una persona física,

siempre que estos sean realizados por ella misma, sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico; y, se acepte la ejecución de los trabajos a título de dación en pago.

3.2 INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS

Este procedimiento o medio por el cual las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, realizan adquisiciones o contratan la prestación de servicios u obras públicas, tendientes a satisfacer sus necesidades de interés público, viene a constituir un mecanismo de excepción a la licitación pública, cuya regulación está plenamente prevista en los ordenamientos legales a que nos hemos referido.

Así, tanto la invitación a cuando menos tres personas como la adjudicación directa, se encuentran debidamente reguladas en los artículos 40 al 43 de la LAASSP y 41 al 44 de la LOPSRM; ordenamientos que disponen que la celebración de contratos por estas vías, deberá fundarse y motivarse, según las circunstancias que concurran a cada caso, en criterios de economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez, que aseguren las mejores condiciones para el Estado, señalando además que dichos criterios deberán estar debidamente acreditados y justificadas las razones del ejercicio de la opción y ser firmados por el responsable del área usuaria o requirente de los bienes, servicios u obras públicas.

Este tipo de procedimientos aparentemente discrecionales de las autoridades, no lo son tanto, ya que los mismos están sujetos a una serie de condiciones o requisitos que establecen los preceptos legales y que consisten en la elaboración de un dictamen en que se acredite la aplicabilidad de los criterios y que en cada caso se den las hipótesis normativas que previenen las disposiciones legales que autorizan la excepción, esto es, que las dependencias o entidades que opten por

estos procedimientos, deben de acreditar la procedencia de los mismos por razones económicas y los criterios tales como los derechos exclusivos o titularidad de patentes, peligran los servicios o el orden social, la economía, la seguridad o la salubridad del país, las pérdidas o costos adicionales, el caso fortuito o fuerza mayor, los servicios de consultorías, asesorías, estudios o investigaciones, cuya difusión pudiera afectar el interés público o comprometer información confidencial para el gobierno federal, entre otras.

Además de las causales anteriores, la ley permite que se celebren contratos por esta vía cuando el importe de cada operación no exceda los montos máximos que al efecto establece el Presupuesto de Egresos de la Federación y siempre que las operaciones no se fraccionen, esto es, que conforme al presupuesto asignado a la dependencia pública para el ejercicio fiscal respectivo, los titulares de las mismas a través de los responsables de las áreas de contratación, podrán realizar los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando el importe de las mismas sin fraccionar, se encuentre comprendido dentro del veinte por ciento del presupuesto asignado a la dependencia o entidad de que se trate.

4. PROCESO DE LICITACIÓN

Tanto la LAASSP como la LOPSRM, establecen un procedimiento para el desahogo de las licitaciones, sin embargo, el tratado de libre comercio con América del Norte y Canadá, establece en su Sección B un procedimiento de licitación, el cual a razón del tema de estudio analizaremos.

Dice el Tratado que los procedimientos que se realicen bajo la cobertura del presente capítulo, se llevarán a cabo a través del principio de Trato Nacional que garantizará un trato equitativo a los proveedores de los tres países, teniendo igual acceso a la información respecto a una compra.

El procedimiento de licitación comenzará con la publicación de la convocatoria, sin embargo el tratado de libre comercio antes de la convocatoria nos refiere a la calificación de proveedores, el cual consiste en:

“Los procedimientos de calificación que siga una entidad serán congruentes con lo siguiente:

- a) Las condiciones para que los proveedores participen en los procedimientos de licitación, inclusive las garantías financieras, las calificaciones técnicas y la información necesaria para acreditar la capacidad financiera, comercial y técnica de los proveedores, así como la verificación de que el proveedor satisface dichas condiciones, se limitará a las indispensables para asegurar el cumplimiento del contrato de que se trate;*
- b) Una entidad no podrá utilizar el proceso de calificación inclusive el tiempo que éste requiere, con objeto de excluir a proveedores de otra Parte de una lista de proveedores o de no considerarlos para una compra determinada;*
- c) Una entidad reconocerá como proveedores calificados a aquellos proveedores de otra Parte que reúnan las condiciones requeridas para participar en una compra determinada;*
- d) Una entidad considerará para una compra determinada a aquellos proveedores de otra Parte que soliciten participar en la compra y que aún no hayan sido calificados, siempre que se disponga de tiempo suficiente para concluir el procedimiento de calificación;*
- e) una entidad que mantenga una lista permanente de proveedores calificados se asegurará de que los proveedores puedan solicitar su calificación en todo momento, de que todos los proveedores calificados que así lo soliciten, sean incluidos en ella en un plazo razonablemente breve y de que todos los proveedores*

incluidos en la lista sean notificados de la cancelación de la lista o de su eliminación de la misma;

f) Cuando después de la publicación de la convocatoria, de conformidad con el artículo 1010, un proveedor que aún no haya sido calificado solicite participar en una compra determinada, la entidad iniciará sin demora el procedimiento de calificación;

g) Una entidad comunicará a todo proveedor que haya solicitado su calificación, la decisión sobre si ha sido calificado.

Cuando una entidad rechace una solicitud de calificación o deje de reconocer la calificación de un proveedor, a solicitud del mismo, la entidad proporcionará sin demora información pertinente sobre las razones de su proceder.”

Como podemos observar de los incisos transcritos y que corresponden al artículo 1009 del mencionado tratado de libre comercio, no se señala concretamente en qué consiste en proceso de calificación, pero de acuerdo a la lectura de los mismos, podemos concluir que se refiere a un estudio realizado a los posibles participantes, para verificar si reúnen los requisitos necesarios para competir en la licitación.

4.1 BASES DE LA LICITACIÓN

En las bases o pliego de condiciones, es en donde se detalla la contraprestación requerida motivo de la licitación. Las bases o pliego constituyen un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinada tanto a la formulación del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detallan en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes, es decir, incluyen por un lado condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, las cuales se traducen en verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto a que regulan el

procedimiento licitatorio en sí, y por el otro lado, incluyen cláusulas especiales que constituyen disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas a los derechos y obligaciones del convocante, oferentes y adjudicatarios.

Dichas bases producen efectos jurídicos propios, en cuanto que el órgano licitante no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación, sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de ofertas.

Es importante mencionar que las bases también obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas y siguen obligando al adjudicatario, con el contrato mismo, por lo que su modificación o violación sería una infracción al contrato que se llegue a firmar, ya que las bases de la licitación son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración y de sus contratistas. Todo lo anterior lo podemos resumir en que, las bases de la licitación son la condiciones necesarias para regular tanto el procedimiento de licitación como el contrato de adjudicación y que los órganos licitantes tienen amplia facultad para imponerlas.

Ahora bien, el tratado de libre comercio celebrado entre México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, establece que las bases de la licitación que se entreguen a los proveedores, deberán contener toda la información necesaria que les permita presentar debidamente sus ofertas, entre esta información está:

- La dirección de la entidad a que deban enviarse las ofertas;
- La dirección a donde deban remitirse las solicitudes de información suplementaria;
- El idioma o idiomas en que puedan presentarse las ofertas y la documentación correspondiente;
- La fecha y hora de cierre de la recepción de ofertas y el plazo durante el cual éstas deberían permanecer vigentes para aceptación;

- Las personas autorizadas a asistir a la apertura de las ofertas y la fecha, hora y lugar de dicha apertura;
- Una declaración de cualquier condición de carácter económico o técnico y de cualquier garantía financiera, información y documentos requeridos de los proveedores;
- Una descripción completa de los bienes o servicios que vayan a ser comprados y cualquier otro requisito, incluidas especificaciones técnicas, certificados de conformidad y planos, diseños e instrucciones que sean necesarios;
- Los criterios en los que se fundamentará la adjudicación del contrato, incluyendo cualquier factor diferente del precio, que se considerará en la evaluación de las ofertas y los elementos del costo que se tomarán en cuenta al evaluar los precios de las mismas, tales como los gastos de transporte, seguro e inspección y, en el caso de bienes o servicios de las otras Partes, los derechos de aduana y demás cargos a la importación, los impuestos y la moneda de pago;
- Los términos de pago; y
- Cualesquiera otras estipulaciones o condiciones.

Las entidades deben proporcionar las bases a solicitud de un proveedor que participe en los procedimientos de licitación abierta o solicite participar en los procedimientos de licitación selectiva.

En este tipo de licitaciones, esta permitida la negociación, lo que no sucede en las licitaciones nacionales, es decir ni la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios ni la Ley de Obras Públicas y Servicios establecen tal posibilidad, de hecho la fracción V del artículo 29 de la LAASSP y 31 fracción VI de la LOPSRM, establecen como uno de los requisitos de la convocatoria la mención de que ninguna condición de las bases podrá ser negociada.

En este sentido el TLCAN establece que se podrán celebrar negociaciones cuando se haya manifestado tal situación en la convocatoria publicada y cuando de la evaluación de las ofertas, la entidad considere que ninguna es claramente la

más ventajosa según los criterios concretos de evaluación enunciados en las convocatorias o en las bases de licitación.

Podemos señalar que este sistema de negociación se encuentra debidamente regulado, ya que el mencionado TLCAN establece claramente que la negociación únicamente se utilizará para identificar los aspectos ventajosos y desventajosos de las ofertas, debiendo otorgar un trato confidencial a todas ellas y que ninguna entidad puede facilitar información a ninguna persona que permita que determinados proveedores adapten sus ofertas al nivel de otro proveedor, así como que no podrá discriminar a ningún proveedor durante estas negociaciones y que en caso de que se lleve a cabo alguna eliminación, ésta deberá ser de conformidad con los criterios establecidos en las convocatorias y las bases de licitación.

También la LAASSP y la LOPSRM establecen sus propios requisitos de la bases de la licitación y diferencian en poco de los establecidos en el TLCAN.

4.2 CONVOCATORIA

Esta fase es al igual que la anterior de suma importancia, ya que es por medio de ella que se hace la invitación a las personas físicas o morales que puedan estar interesadas en participar en la licitación.

De acuerdo con el TLCAN, dicha convocatoria deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) deberá contener una descripción de la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios que vayan a adquirirse, incluida cualquier opción de compra futura;
- b) una indicación de si la licitación es abierta o selectiva, y si ésta podrá dar lugar a negociación;

- c) cualquier fecha para iniciar o concluir la entrega de los bienes o servicios que serán comprados;
- d) la dirección a la que debe remitirse la solicitud para ser invitado a la licitación o para calificar en la lista de proveedores, la fecha límite para la recepción de la solicitud y el idioma o idiomas en que pueda presentarse;
- e) la dirección a las que deberán remitirse las ofertas, la fecha límite para su recepción y el idioma o idiomas en que puedan presentarse;
- f) la dirección de la entidad que adjudicará el contrato y que proporcionará cualquier información necesaria para obtener especificaciones y otros documentos;
- g) una declaración de cualquier condición de carácter económico o técnico, y de cualquier garantía financiera, información y documentos requeridos de los proveedores;
- h) el importe y la forma de pago de cualquier cantidad que haya de pagarse por las bases de la licitación; y
- i) la indicación de si la entidad convoca a la presentación de ofertas para la compra, arrendamiento o alquiler, con o sin opción de compra.

Los requisitos antes señalados varían de los que establecen tanto la LAASSP como la LOPSRM.

La convocatoria tratándose de licitaciones tanto nacionales como internacionales, deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación; sin embargo las leyes antes mencionadas también establecen que podrá publicarse en los medios de difusión electrónica y a este respecto es importante mencionar que la Secretaría de la Función Pública ha implementado un mecanismo denominado Compranet, mediante el cual se lleva a cabo esta etapa de procedimiento de licitación y a la cual pueden tener acceso todos los interesados en participar y de la cual hablaremos más adelante.

4.3 ENTREGA DE PROPOSICIONES

Esta es la fase en la que los interesados que reúnan los requisitos de la convocatoria, hacen saber sus propuestas, las cuales deben estar debidamente preparadas en cuanto a su redacción, confección y presentación, toda vez que de ello depende que sea o no aceptada. Las ofertas deben reunir tres requisitos importantes:

- a) subjetivos, que se refieren a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta;
- b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases y,
- c) formales, que se refieren a la confección de la oferta, misma que debe ser en forma escrita, firmada, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria.

Estos requisitos que hemos mencionado, los interesados los deben tomar muy en cuenta, aún tratándose de licitaciones internacionales, ya que finalmente quien revisa, analiza y elige, son los servidores públicos de la dependencia o entidad que licita.

No obstante lo anterior, el TLCAN establece que cada entidad utilizará procedimientos para la presentación, recepción y apertura de las ofertas y la adjudicación de los contratos que sean congruentes con lo siguiente:

- Normalmente las ofertas se presentarán por escrito, ya sea directamente o por correo;
- Cuando se admitan ofertas transmitidas por télex, telegrama, telefacsímil u otros medios de transmisión electrónica, la oferta presentada deberá incluir toda la información necesaria para su evaluación, en particular el precio definitivo

propuesto por el proveedor y una declaración de que el proveedor acepta todas las cláusulas y condiciones de la convocatoria;

- Las ofertas presentadas por télex, telegrama, telefacsimil u otros medios de transmisión electrónica, deberán confirmarse sin demora por carta o mediante copia firmada del télex, telegrama, telefacsimil o mensaje electrónico;
- El contenido del télex, telegrama, telefacsimil o mensaje electrónico prevalecerá en caso de que hubiere diferencia o contradicción entre éste y cualquier otra documentación recibida después de que el plazo para la recepción de ofertas haya vencido;
- No se permitirá presentar ofertas por vía telefónica;
- Las solicitudes para participar en una licitación selectiva podrán presentarse por télex, telegrama, telefacsimil y cuando se permita por medios de transmisión electrónica; y
- Las oportunidades de corregir errores involuntarios de forma que se otorguen a los proveedores durante el periodo comprendido entre la apertura de las ofertas y la adjudicación del contrato, no podrán ser utilizadas de forma tal que discriminen entre proveedores.

Ahora bien, atendiendo a lo anterior, tanto la LAASSP y la LOPSRM establecen que la entrega de las proposiciones se harán mediante dos sobres cerrados que contendrán por separado, la propuesta técnica y la propuesta económica; y que los mismos podrán ser entregados, a elección del licitante, en el lugar de celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, o bien, si así lo establece la convocante, enviarlos a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica y que en caso de que sea utilizado algún medio de comunicación electrónica, deberá resguardarse la confidencialidad de la información de tal forma que sea inviolable.

Aquí ubicamos al sistema que se utiliza en México y que es el Compranet del cual ya hablamos anteriormente.

4.4 ACTO DE PRESENTACION Y APERTURA DE POSICIONES

Este acto de presentación y apertura de posiciones se hará en dos etapas, las cuales se desarrollarán en base a lo siguiente:

- En la primera etapa, una vez recibidas las proposiciones en sobres cerrados, se abrirá únicamente la propuesta técnica, desechando las que no cuenten con alguno de los requisitos exigidos;
- Un licitante por lo menos y dos servidores públicos de la dependencia o entidad presentes, rubricarán las partes de las propuestas técnicas presentadas que previamente haya determinado la convocante en las bases de licitación, así como los sobres cerrados que contienen las propuestas económicas, incluyendo las de los licitantes que fueron desechadas sus propuestas técnicas; documentación que quedará bajo resguardo de la convocante, quien puede señalar nuevo lugar, fecha y hora para la apertura de las propuestas económicas.
- Se levantará acta del desahogo de la primera etapa, en la que se harán constar las propuestas técnicas aceptadas para su análisis, así como las que hubiesen sido desechadas y las causas que lo motivaron; dicha acta deberá ser firmada por los asistentes y será puesta a disposición de los que no asistieron para efectos de su notificación.
- La convocante comenzará a hacer el análisis de las propuestas técnicas aceptadas y dará a conocer el resultado del mismo a los licitantes en la segunda etapa, previo a la apertura de las propuestas económicas.
- Se da inicio a la segunda etapa con la apertura de las propuestas económicas y se da lectura al importe de las propuestas que cubran los requisitos exigidos, debiendo rubricar dichas propuestas tanto los licitantes asistentes como dos servidores públicos.
- En ese mismo acto se señalará lugar, fecha y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación.
- Se levantara de igual manera acta del desahogo de la segunda etapa, haciéndose constar el resultado técnico, las propuestas económicas aceptadas

para su análisis, así como las que fueron desechadas y las causas que lo motivaron. Dicha acta deberá ser firmada por los asistentes, poniéndose a disposición de los licitantes que no hayan asistido para efectos de su notificación.

4.5 FALLO

El fallo es el acto por medio del cual la dependencia o entidad licitante, determina cuál de las propuestas es la más ventajosa o conveniente para la administración pública, esta etapa del proceso solo está establecida tanto en la LAASSP como en la LOPSRM y establecen ciertos mecanismos que la entidad convocante debe tomar en cuenta al momento de revisar y analizar cada una de las propuestas económicas, entre las que destacan:

- Cumplir con los requisitos esenciales estipulados en la convocatoria o en las bases de licitación al momento de la apertura de las propuestas.
- Si la entidad recibe una oferta anormalmente inferior en precio a las otras presentadas, la entidad podrá averiguar con el proveedor para asegurarse de que éste satisface las condiciones de participación y es o será capaz de cumplir los términos del contrato.
- La entidad no podrá utilizar mecanismos de puntos o porcentajes, excepto cuando se trate de servicios, en los que se demuestre la conveniencia de aplicar dichos mecanismos para evaluar objetivamente la solvencia de las propuestas, de acuerdo con los lineamientos que emita la Contraloría.
- La entidad convocante puede aplicar el criterio relativo a costo beneficio, siempre y cuando sea definido, medible y aplicable a todas las propuestas.
- Ninguna entidad podrá condicionar la adjudicación de un contrato a que a un proveedor se le haya asignado previamente uno o más contratos por una entidad de esa parte, o a la experiencia previa de trabajo del proveedor en territorio de esa Parte.

El resultado de la licitación se dará a conocer en junta pública, a la que libremente podrán asistir los licitantes que participaron en la misma, de la que se levantará el acta respectiva, debiendo ser firmada por los asistentes; poniéndose a disposición de los licitantes que no hayan asistido, pudiendo optar la entidad por notificar el fallo por escrito a cada uno de los licitantes, dentro de los cinco días naturales siguientes a su emisión.

Si el licitante solicita de manera expresa el resultado del fallo, la entidad deberá informar sin demora a los proveedores participantes las decisiones sobre los contratos adjudicados y, de solicitarlo aquellos, hacerlo por escrito.

También a solicitud expresa de un proveedor cuya oferta no haya sido elegida, la entidad deberá facilitar la información pertinente acerca de las razones por las cuales su oferta no fue elegida, las características y ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del proveedor ganador.

Si de las propuestas presentadas ninguna reúne los requisitos de las bases de la licitación o sus precios no fueren aceptables, la entidad declarará desierta la licitación y expedirá una segunda convocatoria.

Las entidades sólo podrán cancelar una licitación por caso fortuito o fuerza mayor o cuando existan circunstancias debidamente justificadas, que provoquen la extinción de la necesidad para adquirir o arrendar los bienes o contratar la prestación de los servicios, y que de continuarse con el procedimiento de contratación se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.

Por su parte el TLCAN aduce únicamente a que para adjudicar un contrato se deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- Para que una oferta pueda ser considerada para la adjudicación, tendrá que cumplir, en el momento de la apertura, con los requisitos esenciales estipulados en la convocatoria o en las bases de la licitación y proceder de los proveedores que cumplan con las condiciones de participación;
- Si la entidad recibe una oferta anormalmente inferior en precio a las otras presentadas, la entidad podrá averiguar con el proveedor para asegurarse de que éste satisface las condiciones de participación y es o será capaz de cumplir los términos del contrato;
- A menos que por motivos de interés público decida no adjudicar el contrato, la entidad lo adjudicará al proveedor que haya considerado plenamente capaz de ejecutar el contrato y cuya oferta sea la de precio más bajo o la más ventajosa de acuerdo a los criterios específicos de evaluación establecidos en la convocatoria o en las bases de la licitación;
- Las adjudicaciones se harán de conformidad con los criterios y los requisitos esenciales establecidos en las bases de licitación; y
- No se utilizarán las cláusulas relativas a opciones con objeto de eludir este capítulo.

4.6 CELEBRACION DEL CONTRATO

Esta es la última fase del procedimiento de licitación, en donde una vez que se conozca el nombre de la persona ganadora, el órgano licitante como el adjudicatario procederán a formalizar o perfeccionar el contrato respectivo.

Dicho contrato deberá contener, como mínimo lo siguiente:

- I. La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato;
- II. La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;
- III. El precio unitario y el importe total a pagar por los bienes o servicios;

- IV. La fecha, lugar y condiciones de entrega;
- V. Porcentaje, número y fechas de las exhibiciones y autorización de los anticipos que se otorguen;
- VI. Forma y términos para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato;
- VII. Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes o servicios;
- VIII. Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste;
- IX. Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o servicios, por causas imputables a los proveedores;
- X. La descripción pormenorizada de los bienes o servicios objeto del contrato, incluyendo en su caso la marca y modelo de los bienes, y
- XI. Salvo que exista impedimento, la estipulación de que los derechos de autor u otros derechos exclusivos, que se deriven de los servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones contratados, invariablemente se constituirán a favor de la Federación o de la entidad, según corresponda.

La formalización del contrato se deberá llevar a cabo dentro de los 20 días siguientes al de la notificación del fallo. Si el interesado no firmare dicho contrato, la entidad sin necesidad de realizar una nueva licitación, adjudicará el mismo al participante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja.

Si por el contrario, la dependencia es quien no formaliza el contrato por causas imputables a ella, estará obligada a solicitud del licitante, a cubrir los gastos no recuperables en que hubiere incurrido para preparar y elaborar su propuesta, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la licitación de que se trate.

Los derechos y obligaciones que hubiesen contraído y que se deriven de los contratos, no podrán ser cedidos en forma parcial ni total en favor de cualquier otra persona, con excepción de los derechos de cobro.

Los proveedores que celebren contratos con alguna entidad deberán además garantizar los anticipos que reciban y el cumplimiento de los contratos. Lo anterior se cumple mediante la garantía que deben exhibir los proveedores, la cual se deberá presentar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato y tratándose obra pública dichas garantías dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo, aunque podrán ser eximidos de la misma a consideración del servidor público que firma el contrato.

Estas garantías a que me he referido tendrán que hacerse a favor de la Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias; de las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas y de las Tesorerías de los estados y municipios, en los casos de los contratos celebrados al amparo de la fracción VI del artículo 1º de la LAASSP y la fracción VI del artículo 1º de la LOPSRM.

Por otro lado, en dichos contratos se deberán imponer penas convencionales a cargo del proveedor por atraso en el cumplimiento de las fechas pactadas de entrega o de la prestación del servicio, pero éstas no podrán exceder del monto de la garantía de cumplimiento del contrato.

Los proveedores deberán responder por los defectos y vicios ocultos de los bienes y de la calidad de los servicios así como de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

En cuanto a la rescisión de los contratos, las disposiciones aplicables establecen que las entidades podrán hacerlo en caso de incumplimiento de las obligaciones del proveedor y dentro de los quince días naturales siguientes a aquel en que se hubiese agotado el monto límite de aplicación de las penas convencionales.

Esta rescisión se debe llevar a cabo de la siguiente manera:

- a) se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, teniendo un término de 10 días hábiles para que manifieste lo que a su derecho convenga y aporte pruebas al respecto;
- b) hecho lo anterior, la entidad resolverá analizando los argumentos y pruebas ofrecidas por el proveedor;
- c) la determinación deberá estar debidamente fundada y motivada, debiendo notificarla al proveedor dentro de los quince días hábiles siguientes.

Las entidades también podrán dar por terminado anticipadamente un contrato cuando existan causas de interés general o cuando se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, demostrando que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría un daño y perjuicio al Estado.

Ahora bien, por cuanto hace a los contratos de obra pública celebrados al tenor de la LOPSRM, además de los requisitos señalados anteriormente y que corresponden a las adquisiciones, arrendamientos y servicios, los contratos deben cubrir:

- el plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de la citada Ley;
- términos en que el contratista reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos;
- el procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación para la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;
- las causales y procedimientos mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato;

- los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo que, de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación.

Ahora bien, la LOPSRM establece tres tipos de contratos:

1. Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado.

2. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

3. Mixtos, cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado .

Dichos contratos de obra pública además de los requisitos señalados en la LAASSP, deben cubrir:

- El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de la citada Ley;
- Términos en que el contratista reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos;
- El procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación para la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;
- Las causales y procedimiento mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato;

- Los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo que, de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación.

Dentro del capítulo X del TLCAN se establece que se permite exceptuar a las tres partes, compras relacionadas con: seguridad nacional, es decir, la compra de armas, municiones o material de guerra, o cualquier otra compra indispensable para la defensa nacional; protección a la moral, el orden o la seguridad públicos; salud, defensa de la vida humana, animal y vegetal; protección de la propiedad intelectual; compras relacionadas con productos fabricados por minusválidos, en instituciones de beneficencia o penitenciarias; compras de animales relacionados con programas de asistencia pública; y material y tecnología relacionados con actividades nucleares.

5. INFRACCIONES Y SANCIONES

Tanto la LAASSP y la LOPSRM establecen infracciones y sanciones para aquellos proveedores que infrinjan las disposiciones establecidas en las mismas y faculta a la Contraloría, hoy Secretaría de la Función Pública, para sancionarios con multas equivalentes a la cantidad de 50 hasta 1000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al mes, en la fecha de la infracción.

También se establece la posibilidad de que los licitantes puedan ser inhabilitados temporalmente por la Secretaría de la Función Pública para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por dichas leyes, cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) que injustificadamente y por causas a ellos imputables no formalicen el contrato adjudicado por la convocante;

- b) que se encuentren en el supuesto de la fracción III de los artículos 50 y 51 de los ordenamiento señalados respectivamente;
- c) que no cumplan con sus obligaciones contractuales y que con ello causen daños o perjuicios graves a la dependencia o entidad; así como a aquellos que hagan entrega de bienes con especificaciones distintas a las convenidas;
- d) que proporcionen información falsa o actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación o en la presentación o desahogo de alguna queja en una audiencia de conciliación o de una inconformidad.

La intervención de la Secretaría de la Función Pública en los procesos de licitación y que se refiere básicamente a la supervisión y control del desahogo de los mismos, lo ahondaremos en el siguiente capítulo.

6. RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LICITACION

El TLCAN establece que deben existir medio de impugnación a fin de promover procedimientos de compras justos, abierto e imparciales y que deberán estar de acuerdo con lo siguiente:

1. Cada una de las partes permitirá a los proveedores recurrir al procedimiento de impugnación con relación a cualquier aspecto del proceso de compra;
2. Antes de iniciar el proceso de impugnación, la entidad podrá alentar al proveedor a buscar una solución a su queja;
3. Las entidades deberán considerar en forma oportuna e imparcial cualquier queja o impugnación;
4. La entidad no podrá impedir al proveedor que inicie un procedimiento de impugnación;

5. Una Parte puede establecer los plazos dentro de los cuales un proveedor podrá iniciar un procedimiento de impugnación, pero que no podrá ser menor a 10 días hábiles;
6. Cada entidad deberá establecer una unidad revisora que no tenga interés en los resultados de las licitaciones, encargada de recibir impugnaciones y emitir resoluciones y recomendaciones;
7. La adjudicación del contrato podrá demorar hasta la resolución de una impugnación, con excepción de los casos de urgencia o cuando la demora pudiera ser contraria al interés público;
8. Las recomendaciones que puede dictar la autoridad en la resolución de impugnación pueden ser: para que la entidad evalúe de nueva cuenta las ofertas, dé por terminado el contrato o, lo someta nuevamente a concurso;
9. Las entidades deberán seguir las indicaciones de la autoridad revisora;
10. una vez desahogado el procedimiento de impugnación, la autoridad revisora proporcionará de manera oportuna y por escrito el resultado del mismo y lo pondrá a disposición de los interesados;
11. La autoridad revisora supervisará que las entidades mantengan en su poder la documentación completa relativa a cada una de sus compras e inclusive un registro escrito de todas las comunicaciones que afecten sustancialmente cada compra, durante un periodo de por lo menos 3 años a partir de la fecha en que el contrato fue adjudicado.

Después de analizar lo establecido en el TLCAN, podemos señalar que en México existen dos medios de impugnación y son la queja y inconformidad; ambas son reguladas por la LAASSP, pero la primera básicamente hace las funciones de una conciliación y en la práctica vemos que no es un recurso eficaz, ya que la propia LAASSP establece que una vez que la Contraloría reciba la queja, deberá citar a una audiencia de conciliación a las partes a fin de que ambas manifiesten lo que a sus intereses convenga y exhortará a las partes para conciliar sus intereses; si las partes logran llegar a un arreglo, se hará el convenio respectivo que las obligará a su cumplimiento y en caso de que no lo cumplan, se podrá demandar por la vía

judicial correspondiente. En caso de que no llegasen a ningún arreglo, quedarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los Tribunales Federales.

Por lo que hace a la inconformidad, ésta deberá ser presentada ante la Contraloría Interna de la dependencia o entidad correspondiente o bien ante la Secretaría de la Función Pública, por escrito o a través de los medios remotos de comunicación electrónica dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que ocurra el acto o el inconforme tenga conocimiento de éste.

La Contraloría una vez que tenga conocimiento de la inconformidad y cerciorada de que cumple con los requisitos establecidos, tales como personalidad del promovente, que se encuentre dentro del término establecido para poder actuar y la documentación que sustente su petición, practicará las investigaciones que resulten pertinentes, a fin de verificar la veracidad de los hechos planteados por el inconforme. La contraloría hará del conocimiento de terceros que pudieran resultar perjudicados, la presentación de la inconformidad, a efecto de que dentro del término de diez días manifiesten lo que a su interés convenga y si no lo hicieren dentro del término, les precluirá su derecho.

La contraloría durante la investigación de los hechos puede suspender el procedimiento de contratación, pero siempre y cuando se advierta que existen o pudieran existir actos contrarios a las disposiciones de la Ley, o que de continuarse con el, se pudieran producir daños o perjuicios a la dependencia o entidad y, cuando con la suspensión no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público.

Una vez hechas las investigaciones, la Contraloría emitirá resolución, la cual determinará :

- La nulidad del acto o actos irregulares, estableciendo las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a la ley;

- La nulidad total del procedimiento, o
- La declaración relativa a lo infundado de la inconformidad.

Ahora bien, en contra de esa resolución, se puede interponer el recurso de revisión que establece la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Independientemente del proceso que se da a las inconformidades presentadas, si se llegase a acreditar alguna irregularidad en los procesos de licitación, la Contraloría de cada dependencia o entidad o bien la Secretaría de la Función Pública, tienen la obligación de iniciar un procedimiento administrativo de responsabilidades en contra del o los servidores públicos que hubiesen incurrido en alguna falta administrativa, debiéndoles imponer alguna de las sanciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y que puede ir desde un apercibimiento público hasta una inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

En relación a que he apuntado en el presente capítulo señalare lo que establece una tesis aislada publicada en el Semanario Judicial de la Federación en octubre de 1994, que a la letra dice:

"LICITACIÓN PÚBLICA. EL CUMPLIMIENTO DE SUS BASES ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA ANALIZAR LAS OFERTAS Y ADJUDICAR EL CONTRATO RESPECTIVO.

De acuerdo a lo que establece el artículo 134 constitucional, la celebración de los contratos de obra pública, está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación del acuerdo contractual, servirá para seleccionar a su contraparte. A dicho procedimiento se le denomina "licitación", pues a través de él, la administración pública (federal, estatal y municipal), elige a la persona física o moral, que le ofrece las condiciones más

convenientes en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, eficiencia, eficacia y honradez, para celebrar un contrato determinado y, para ello hace un llamado a los particulares de manera impersonal o personal, para que formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación. En base a dicho precepto constitucional, en México las licitaciones de tipo público. Según la doctrina, la licitación pública constituye un procedimiento mediante el cual la administración pública selecciona a una persona física o moral, para que realice la construcción, conservación, mantenimiento, reparación o demolición de un bien inmueble o mueble en beneficio del interés general y, que consiste en una invitación dirigida a todos los interesados para que sujetándose a las bases establecidas presenten sus ofertas y de ellas seleccionar la más conveniente. Los principios que rigen a dicha licitación y las etapas que integran su procedimiento, de acuerdo a la doctrina son los siguientes: los principios a saber son cuatro: a) concurrencia, que se refiere a la participación de un gran número de oferentes; b) igualdad, que consisten en que dentro del procedimiento de licitación no debe haber discriminaciones o tolerancias que favorezcan a uno de los oferentes en perjuicio de los otros; c) publicidad, que implica la posibilidad de que los interesados conozcan todo lo relativo a la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas; y, d) oposición o contradicción, que radica en la impugnación de las ofertas y defensas de las mismas. Las etapas que integran su procedimiento se dividen en siete: 1. La existencia de una partida presupuestaria por parte de la administración pública; 2. La elaboración de las bases o pliego de condiciones, en donde se detalle la contraprestación requerida. Las bases o pliego de condiciones constituyen un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinadas tanto a la formulación del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detallan en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes, es decir, incluyen por un lado condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, las cuales se traducen en verdades disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto a que regulan el procedimiento licitatorio en sí, y por otro lado, incluyen cláusulas especiales que constituyen

disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas a los derechos y obligaciones del convocante, oferentes y adjudicatarios. Además, las bases de toda licitación producen efectos jurídicos propios, en cuanto que el órgano licitante no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación, sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de ofertas. Asimismo, las bases obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas, y siguen obligando al adjudicatario, con el contrato mismo, por lo que su modificación o violación, sería una infracción al contrato que se llegue a firmar, ya que las bases de la licitación son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración y de sus contratistas, y por ello sus reglas deben cumplirse estrictamente, en cumplimiento al principio *pacta sunt servanda*. En síntesis las bases son las condiciones o cláusulas necesarias para regular tanto el procedimiento de licitación como el contrato de adjudicación de la obra y que los órganos licitantes tienen amplia facultad para imponerlas.

3. la publicación de la convocatoria. Esta fase es de tal importancia, ya que a través de ella se hace la invitación a las personas físicas o morales que puedan estar interesadas en realizar la obra a licitar y debe hacerse en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico privado de mayor circulación en el país, así como en uno de la entidad federativa, en donde se llevará a cabo la obra pública.

4. Presentación de ofertas. En esta fase los interesados que satisfagan términos de la convocatoria respectiva tendrán derecho a presentar proposiciones y, para ello deberán tener cuidado en su preparación, ya que de la redacción, confección y presentación de la oferta, depende que sea aceptada. Las ofertas deben reunir tres requisitos a saber: a) subjetivos, que se refieren a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta; b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases; y, c) formales, que se refieren a la confección de la oferta, misma que debe ser en forma escrita, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria.

5. Apertura de ofertas. En ella, como su nombre lo indica, se procederá a la apertura de los sobres que contienen las ofertas de los

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

derecho administrativo derivado de la naturaleza de los contratos administrativos, consistentes en el pacta sun servanda, sino también por acatamiento a la ley administrativa (Ley de Obras Públicas y su Reglamento), viciando de esa forma el contrato respectivo; por tanto, el organismo convocante al adjudicar un contrato de obra pública, siempre debe verificar en principio los requisitos de forma para que después analice las propuestas en cuanto a su contenido o fondo, todo ello conforme a las reglas que se hayan fijado en las bases o pliego de condiciones de la licitación.”

TERCER TRIBUNAL COLÑEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

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

CAPITULO IV

1. LA SECRETARIA DE ECONOMIA COMO AUTORIDAD QUE INTERVIENE EN LOS PROCESOS DE LICITACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto por la LAASSP y la LOPSRM, las principales facultades de la Secretaría de Economía son:

a) El artículo 8º de la LAASSP y 9º de la LOPSRM, establecen que la Secretaría de Economía dictará las reglas que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas.

b) Determinar, tomando en cuenta la opinión de la Secretaría de la Función Pública, el carácter de nacional o internacional de los procedimientos de contratación para lo cual se creó un acuerdo que tanto la Secretaría de Economía como las dependencias y entidades deberán observar:

"ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA LA CELEBRACIÓN DE LAS LICITACIONES PUBLICAS INTERNACIONALES DE CONFORMIDAD CON LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO"

El objetivo de este acuerdo es establecer las reglas de carácter general que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para la celebración de las licitaciones públicas internacionales, de conformidad con las disposiciones establecidas en los tratados de libre comercio y con lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Con la expedición de este acuerdo se establecen las normas de carácter general, que permiten a las dependencias y entidades cubiertas por los tratados de libre comercio, realizar procedimientos de licitación internacional concediendo los derechos de acceso al mercado nacional de compras de gobierno, únicamente a los proveedores con los que existe obligación bajo algún tratado de libre comercio.

De igual manera establece las reglas generales que permiten celebrar licitaciones internacionales dentro de un esquema en el que participan únicamente proveedores nacionales y de países con los cuales México haya adquirido el compromiso de acceso a su mercado de compras gubernamentales, a través de la firma de algún tratado de libre comercio, ya que en la actualidad las disposiciones vigentes son interpretadas en el sentido de realizar licitaciones internacionales bajo la cobertura de los tratados, abiertas a todos los países.

Este ordenamiento establece que los productos que oferten los proveedores participantes en este esquema de licitaciones internacionales, deberán cumplir con la regla de origen o regla de mercado negociada en el tratado de libre comercio correspondiente. Con este tipo de licitaciones, los proveedores nacionales también tendrán la posibilidad de ofertar sus bienes o servicios en un mercado de prácticas leales de comercio e igualdad de condiciones ante proveedores de países socios y, además, en función de su competitividad tendrán una mayor probabilidad de ganar en los concursos, generando así un mayor beneficio para las empresas participantes y para el país en su conjunto por la derrama económica que tienen las compras a empresas nacionales.

Ahora bien, para aplicar el Acuerdo antes referido, debemos entender por Tratados de Libre Comercio, aquellos tratados internacionales suscritos por México que contengan disposiciones que regulen la participación de proveedores extranjeros en procedimientos de licitación pública realizadas por las dependencias y entidades sujetas para la compra de bienes, servicios, servicios relacionados con la obra pública y obra pública.

Por dependencias y entidades, entendemos a aquellas incluidas en los anexos correspondientes a las listas de entidades del gobierno federal y empresas gubernamentales de México de los capítulos de compras del sector público de los Tratados de Libre Comercio suscritos por México o, en su caso, aquellas que las hayan sucedido o sustituido.

Es importante mencionar que las entidades y dependencias aplicarán lo señalado por este Acuerdo, cuando de conformidad con el Acuerdo por el que se establecen las reglas para la aplicación de las reservas contenidas en los capítulos de compras del sector público de los tratados de libre comercio suscritos por México, no cuenten con reserva disponible, en uno o más tratados.

Las licitaciones públicas internacionales son aquellas en las cuales pueden participar tanto proveedores mexicanos como extranjeros y en el caso de bienes a adquirir sean de origen nacional o de países con los que México tenga celebrado un tratado de libre comercio que contenga un capítulo de compras del sector Público.

El Acuerdo está conformado por dos capítulos que contienen 7 artículos y 3 anexos. El capítulo I refiere las disposiciones de carácter general; incluye las definiciones de los conceptos usados por el Acuerdo; define el ámbito de aplicación del mismo y determina a la Dirección General de Industrias Pesadas y de Alta Tecnología como el área encargada de aplicar e interpretar para efectos administrativos las nuevas reglas.

El capítulo II establece las reglas para que las dependencias y entidades sujetas procedan a la celebración de licitaciones públicas internacionales de conformidad con los tratados de libre comercio suscritos por nuestro país, en los que se contempla un título o capítulo destinado a regular las compras del sector público.

- c) Determinar el contenido nacional de los trabajos a contratar, en razón de las reservas, medidas de transición u otros supuestos establecidos en los tratados.

El artículo 14 de la LAASSP establece que en los procedimientos de contratación de carácter internacional, las dependencias y entidades optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la adquisición y arrendamiento de bienes producidos en el país y que cuenten con el porcentaje de contenido nacional indicado en el artículo 28 fracción I de la citada ley, los cuales deberán contar, en la comparación económica de las propuestas, con un margen hasta del diez por ciento de preferencia en el precio respecto de los bienes de importación, conforme a las reglas que establezca la Secretaría de Economía, previa opinión de la Secretaría de la Función Pública. Por su parte el numeral 29 de la LOPSRM, dice que en los procedimientos de contratación de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas, las dependencias optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la utilización de bienes o servicios de procedencia nacional y los propios de la región, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados.

De acuerdo a lo anterior la Secretaría de Economía emitió un Acuerdo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de julio de 2003:

“ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DEL REQUISITO DE CONTENIDO NACIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PUBLICAS QUE CELEBREN LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA FEDERAL”

Mediante este Acuerdo se dan a conocer los casos de excepción sobre contenido nacional a requerir en los procedimientos de contratación de obras públicas para proyectos llave en mano o integrados mayores, convocados bajo la cobertura de

los capítulos de compras del sector público contenidos en los tratados de libre comercio.

El objetivo principal de este Acuerdo es el de establecer reglas que deban observar las dependencias y entidades de la administración pública federal, para la aplicación del requisito de contenido nacional en los procedimientos de contratación de obras públicas.

Este Acuerdo modifica a las normas de carácter general que permitían a las dependencias y entidades de la administración pública federal aplicar requisitos de contenido nacional en las obras públicas que realizan, con apego a los tratados de libre comercio suscritos por México.

La publicación de este Acuerdo fue muy importante ya que en el año 2002 PEMEX y CFE tenían para algunos Tratados de Libre Comercio una reserva transitoria que les permitía exceptuar parte de sus compras, entre ellas, obra pública.

No obstante, los tratados de libre comercio también permiten a estas entidades imponer requisitos de contenido local en proyectos de construcción bajo ciertos supuestos, y por ello, es importante ahora aprovechar y aplicar estas disposiciones opcionales, en especial cuando ya no se cuenta con reserva transitoria para algunos tratados.

d) Dictar las reglas que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de la micro, pequeñas y medianas. Tomando en cuenta la opinión de la Secretaría de Hacienda y de la hoy Secretaría de la Función Pública, para lo cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Acuerdo:

“ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DEL MARGEN DE PREFERENCIA EN EL PRECIO DE LOS BIENES DE ORIGEN NACIONAL, RESPECTO DEL PRECIO DE LOS BIENES DE IMPORTACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER INTERNACIONAL”

Este Acuerdo se emite con la finalidad de contar con reglas más claras que, en igualdad de condiciones permitan a las dependencias y entidades aplicar el margen de preferencia al precio de los bienes que cumplan con el grado de contenido nacional, que prevalecerá sobre el precio de los de importación en un porcentaje hasta del diez por ciento, conforme a lo establecido en la LAASSP.

e) Recibir a más tardar el 31 de marzo de cada año, el programa anual de adquisiciones, arrendamientos y servicios y obra pública de cada dependencia y entidad.

f) Integrar y difundir los programas anuales de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas.

g) Le corresponderá de acuerdo a la fracción XXVI del artículo 34 de la LOAPF registrar los precios de mercancías, arrendamientos de bienes muebles y contratación de servicios, que registrarán para el sector público; dictaminar los contratos o pedidos respectivos; autorizar las compras del sector público en el país de bienes de procedencia extranjera, así como, conjuntamente con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, autorizar las bases de las convocatorias para realizar concursos internacionales.

Como observamos, ésta dependencia tiene una intervención importante dentro del rubro de compras del Gobierno Federal, toda vez que será ella quien primeramente autoriza las bases de las convocatorias, dictamina los contratos a celebrar y autoriza las compras del sector público.

2. LA INTERVENCION DE LA SECRETARIA DE LA FUNCION PUBLICA

A la Secretaría de la Función Pública (anteriormente Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo) le corresponderá de acuerdo a la fracción I del artículo 37 de la LOAPF, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental, inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos.

De acuerdo a la fracción VI, le corresponde organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la administración pública federal, a fin de que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados con criterios de eficacia, buscando en todo momento la descentralización, desconcentración y simplificación administrativa. Para ello podrá realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias y dictar las disposiciones administrativas que sean necesarias al efecto, tanto para las dependencias como para las entidades de la Administración Pública Federal.

Por su parte en la fracción VIII del citado numeral, se establece que a esta dependencia le corresponderá inspeccionar y vigilar, directamente o través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: sistemas de registro y contabilidad, contratación y remuneraciones de personal, contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios y ejecución de obra pública, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal.

La fracción XVII dice que la SFP conocerá e investigará las conductas de los servidores públicos, que puedan constituir responsabilidades administrativas;

aplicar las sanciones que correspondan en los términos de ley y, en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público, prestándole para tal efecto la colaboración que le fuere requerida.

La fracción XIX menciona que le corresponde establecer normas, políticas y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos, desincorporación de activos, servicios y obras públicas de la Administración Pública Federal.

Por último la fracción XXIII dice que regulará la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes muebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación, así como expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios y para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes que realice la propia Secretaría, o bien, terceros debidamente autorizados para ello.

Como podemos ver, la responsabilidad normativa de los procesos de las adquisiciones, arrendamientos y servicios; obras públicas y servicios relacionados con las mismas; almacenes, enajenaciones, baja y destino final de bienes muebles e inmuebles, así como la de administrar y conducir la política inmobiliaria del Gobierno Federal e inspeccionar y vigilar la observancia de la normatividad, se reúne en una sola persona, es decir la SFP.

En razón de lo anterior, el 12 de abril de 1995 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Interior de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (hoy Secretaría de la Función Pública), mediante el cual se creó la Unidad de Normatividad de Adquisiciones, Obras Públicas, Servicios y Patrimonio Federal (UNAOPSPF), otorgándole la atribución, de acuerdo con las facultades que a esta Secretaría confiere la LAASSP y la LOPSRM, de proponer a la superioridad las normas de carácter general para la planeación, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones de bienes muebles; la

prestación de servicios de cualquier naturaleza, así como de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas.

Asimismo, se le facultó para proponer normas, criterios y políticas para la administración de los bienes inmuebles federales que con fundamento en la Ley General de Bienes Nacionales deben regir la celebración de convenios y contratos, y el otorgamiento de destinos, concesiones, permisos y autorizaciones, con excepción de las zonas federales marítimo terrestres, las playas marítimas y los terrenos ganados al mar, o a otros depósitos de aguas marinas y demás zonas federales, de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos.

De igual modo, se le confirieron atribuciones para proponer normas y procedimientos de carácter general para el manejo de almacenes, realización de inventarios, avalúos, desincorporación de activos y baja de maquinaria y equipo, instalaciones industriales y los demás bienes muebles y derechos de las dependencias y entidades del sector público, y para imponer las sanciones derivadas de la aplicación de la LAASSP, la LOPSRM y la Ley General de Bienes Nacionales.

Cabe señalar, que las atribuciones conferidas a esta Unidad, eran desarrolladas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y por la Secretaría de Desarrollo Social.

Hablemos ahora del Sistema Electrónico de Contrataciones Gubernamentales, denominado **compranet**, es un sistema desarrollado por la SFP, con el objetivo de simplificar, modernizar y dar transparencia a los procesos de contratación de bienes, servicios, arrendamientos y obra pública de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

compranet, consiste en la automatización de las distintas etapas del proceso de contratación, a través de la conexión por medio de computadoras y redes de datos, de las unidades compradoras y de los proveedores o contratistas.

compranet permite a las unidades compradoras del gobierno, dar a conocer por medios informáticos sus demandas de bienes, servicios, arrendamientos y obras públicas, para que los proveedores y contratistas puedan acceder a esta información y presentar por el mismo medio sus ofertas y, posteriormente, continuar con todo el proceso de contratación hasta su finiquito. Adicionalmente el sistema tiene disponibilidad de información de acceso público, para que cualquier ciudadano pueda conocer las contrataciones que se realizan.

compranet responde a tres objetivos específicos:

- * Contar con mecanismos más ágiles en las dependencias y entidades para los distintos procesos relacionados con las contrataciones gubernamentales.
- * Facilitar la participación de las empresas en las contrataciones gubernamentales.
- * Contar con un mecanismo transparente de información para la sociedad, sobre los procesos de compras del gobierno.

Si bien existe todo un cuerpo normativo que establece con claridad las reglas y lineamientos aplicables a las contrataciones gubernamentales, la complejidad del proceso motivaba costos significativos tanto para el sector público como para las empresas que participan en él. Para el sector público, no existía información integral de los proveedores y contratistas, ni de los productos y sus precios.

Para las empresas, los mecanismos de consulta para conocer los requerimientos del sector público eran limitados y la participación en las licitaciones costosa, al

implicar la obligación de presentar, para cada una, los mismos documentos, y por la necesidad de acudir a las unidades compradoras para los diversos actos que involucra el proceso. Adicionalmente, prevalecía una percepción negativa sobre los procesos de compras principalmente en cuanto a la complejidad de participación y la falta de claridad en el proceso. Todo ello limitaba la participación de este sector, en particular de las pequeñas y medianas empresas, y de los proveedores que radican en el interior de la República.

Por lo que respecta a las dependencias globalizadoras, no existían sistemas integrales de seguimiento y control, lo cual motivaba una falta de transparencia en el proceso. Y, finalmente, la sociedad no tenía mecanismos de acceso a información pública.

Por ello la importancia de instrumentar un mecanismo de contrataciones ágil, oportuno, que evitara trámites innecesarios y recurrentes, ahorrara tiempo, inhibiera discrecionalidad, facilitara la participación del sector empresarial en el proceso de compras del Gobierno y, sobre todo, que fuera totalmente transparente.

Ante la importancia de modernizar el proceso de contrataciones gubernamentales y atender los compromisos asumidos por el Gobierno Federal en la Alianza para la Recuperación Económica de facilitar a las empresas su participación en las compras de gobierno, la SFP inició en 1996 el desarrollo de **compranet**.

Debido a los alcances de este proyecto, el Gobierno Federal comprometió también su puesta en operación en la Alianza para el Crecimiento y en tres de los programas de mediano plazo derivados del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000: el de Modernización de la Administración Pública, el de Política Industrial y Comercio Exterior y el de Desarrollo Informático.

El proyecto se dividió en tres etapas: en 1996, contar con un módulo de información, en 1997, el acceso a las bases de licitación y su pago en bancos y, para 1998 iniciar el desarrollo del módulo de transacciones para realizar licitaciones electrónicas.

Como resultado de la primera etapa, a partir de marzo de 1996, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (hoy Secretaría de la Función Pública), puso a disposición de la ciudadanía una página en Internet, para consultar todas las convocatorias y fallos, las inconformidades presentadas por las empresas, las disposiciones normativas vigentes y los Programas Anuales de Adquisiciones. Asimismo, se inició anticipadamente, la incorporación de las bases de licitación de dependencias y entidades, y se instrumentó el mecanismo que permite pagar en los bancos las bases de licitación publicadas en **compranet**.

Para consolidar la segunda etapa, el 11 de abril de 1997, se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Acuerdo en el cual se establece la información relativa a los procedimientos de licitación pública que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán remitir a la Secretaría de la Función Pública por transmisión electrónica o en medio magnético, así como la documentación que las mismas podrán requerir a los proveedores para que éstos acrediten su personalidad en los procedimientos de licitación pública.

Con las disposiciones de este Acuerdo, a partir de junio de 1997, las dependencias y entidades están obligadas a incorporar a **compranet**, las convocatorias, las bases de licitación, las notas aclaratorias, las actas de las juntas de aclaraciones, los fallos y los datos relevantes de los contratos.

Resultado de ello, una empresa puede revisar desde su oficina la información derivada de los procesos de licitación, obtener las bases y pagarlas en bancos mediante los recibos que genera el sistema a un costo menor que el correspondiente en las unidades compradoras. Asimismo, se ha simplificado su

participación al eximirlos de presentar documentación para acreditar su personalidad legal.

La tercera etapa de **compranet**, dio inicio con la entrada en vigor del Acuerdo por el que se establecen las disposiciones para el uso de medios remotos de comunicación electrónica, en el envío de propuestas dentro de las licitaciones públicas que celebren las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, así como en la presentación de las inconformidades por la misma vía, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2000.

A partir de este Acuerdo las dependencias y entidades se están incorporando paulatinamente a este mecanismo para emitir licitaciones en las que los proveedores o contratistas pueden presentar por medios electrónicos sus propuestas técnicas y económicas, y darle seguimiento a todo el proceso hasta su finiquito, sin desplazarse de su oficina y desde cualquier lugar.

La página de **compranet** en Internet, permite consultar la información de las diversas fases del proceso de contratación, seleccionando los módulos correspondientes.

Se pueden encontrar las licitaciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y las que realizan los gobiernos estatales y municipales, cuyas bases aún pueden ser adquiridas.

Estas licitaciones se encuentran clasificadas en dos grandes grupos:

- * Adquisiciones, que corresponden a las licitaciones de adquisiciones, arrendamientos y servicios, y
- * Obra Pública, donde se localizan las referentes a obra y servicios de obra pública.

También se pueden obtener: la convocatoria, tal como fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, las bases de la licitación, la nota aclaratoria y el acta de la Junta de Aclaraciones.

Además está disponible una liga para pagar las bases de licitación en bancos, mediante la generación de un formato.

Existe un módulo de seguimiento de licitaciones que permite consultar la información que se va generando durante el proceso licitatorio a partir de que concluyó el período de adquisición de bases y hasta la firma de los contratos, esto es, encontramos desde el número de licitación, en el cual se puede revisar el detalle de la licitación y, a partir del mismo, la convocatoria publicada en el Diario Oficial de la Federación, las bases de la licitación, que permite obtener los documentos de bases y, en su caso, de sus anexos; las notas aclaratorias, que proporciona acceso a los documentos referentes a notas aclaratorias de convocatorias y bases, así como de avisos modificatorios de fallos; las actas de juntas de aclaraciones, que permite obtener los documentos que contienen las actas y, en su caso, sus anexos; las actas de visita a instalaciones o al sitio de los trabajos, que facilita consultar los documentos que contienen las actas y, cuando así procede, sus anexos; los fallos, en los cuales se pueden consultar los resultados de las licitaciones, especificando los proveedores o contratistas a los cuales fueron adjudicadas cada una de las partidas (o conceptos de obra) y sus montos y a los contratos, que permite acceder a los datos relevantes de los contratos adjudicados y; a los fallos.

Esta funcionalidad permite dar total transparencia a todos los procesos licitatorios del Gobierno Federal.

También se pueden consultar las contrataciones realizadas por el gobierno bajo el procedimiento de invitación a cuando menos tres personas y bajo el procedimiento de adjudicación directa.

A pesar de esta creación siguen existiendo algunos problemas en cuanto a transparencia, ya que hay etapas del procedimiento en que sigue existiendo discrecionalidad por parte de la quien realiza las licitaciones.

Y es por ello, que actualmente se trabaja en la creación de un nuevo sistema más avanzado y que cuente con nuevos mecanismo que permitan una mayor transparencia en los procesos de licitación, tanto nacionales como internacionales, al cual le han denominado Negometrix, pero que aún no es utilizado.

3. APLICACIÓN DE LAS RESERVAS A LAS COMPRAS DE GOBIERNO

En los artículos 14 de la LAASSP y 29 de la LOPSRM, se dispuso que en los procedimientos de contratación aún los de carácter internacional, las dependencias y entidades optarían, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos nacionales y por la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional y los propios de la región. Por otro lado deben prevalecer por encima de los regionales, los del país, en base al aprovechamiento de reservas de compras negociadas en el marco del TLCAN y estipuladas por el derecho de reservar de la aplicación del Capítulo X, a efecto de contribuir a la consolidación de la gran cantidad de sectores industriales que constituyen la proveeduría del sector gubernamental y con ello favorecer el fortalecimiento de la economía de nuestro país en su conjunto, así como para conseguir en el transcurso del tiempo en función de las reservas una aproximada igualdad entre las partes.

Las reservas se constituyen por aquellas disposiciones que permiten a las dependencias y entidades exceptuar ciertas compras de las obligaciones establecidas en los títulos o capítulos de compras del sector público de los

tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos Mexicanos, aún cuando se superen los umbrales.

Su objetivo principal es favorecer al Sector Industrial Nacional, al proporcionarle un periodo razonable para su reestructuración e incorporación a las nuevas condiciones de competencia.

Mediante la aplicación de la reserva, en los concursos de compra se convoca exclusivamente a proveedores nacionales para participar en los contratos de compra, construcción de obra pública, quedando exceptuados de las disposiciones del capítulo.

Para efectos de interpretación y por la temporalidad de las disposiciones que constituyen la reserva, esta se ha clasificado en permanente y transitoria.

RESERVA PERMANENTE

Esta se constituye por las disposiciones establecidas en la lista de México del Anexo 1001.2.b, párrafo 3, NOTAS GENERALES DEL CAPITULO X DEL TLCAN y que permiten a las dependencias y entidades exceptuar de las obligaciones de los tratados de libre comercio, ciertas compras por un determinado monto anual.

En el caso de Estados Unidos y Canadá también se reservan ciertas compras relacionadas con la seguridad nacional y para el fomento de algunas actividades de interés nacional, tales como los programas para pequeños negocios y minorías.

El valor de la reserva permanente se mantendrá constante en términos reales, es decir, sus montos serán ajustados anualmente a partir del deflactor implícito del Producto Interno Bruto de Estados Unidos.

RESERVA TRANSITORIA

Son disposiciones que permiten a las dependencias y entidades exceptuar de las obligaciones de los tratados de libre comercio, ciertas compras por montos anuales decrecientes o fijos que se agotan en un determinado lapso de tiempo acordado y se conforma por lo dispuesto en el Anexo 1001.2 a, MECANISMOS DE TRANSICIÓN DE MÉXICO DEL CAPITULO X DEL TLCAN.

Es importante destacar en la asignación y ejercicio de las Reservas Transitorias, que todos los procedimientos de contratación de bienes, servicios y servicios de obra pública que realicen las dependencias y entidades cubiertas por el Capítulo X, cuyo valor estimado de contratación sea menor al monto de los umbrales serán de carácter nacional, a menos que se cumpla alguna de las condiciones para la realización de las licitaciones internacionales como se establece en la legislación interna de las partes y bajo lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

La autoridad competente en México para consultar sobre las reservas es la Secretaría de Economía, autoridad que estará en contacto con cada una de las dependencias y entidades para la celebración de licitaciones.

PEMEX y la C.F.E. contratarán nacionalmente bajo la cobertura de la reserva, bienes y servicios y servicios de obra pública, por un monto no mayor a su reserva específica, los mismo harán el resto de las dependencias y entidades para la contratación de servicios de construcción.

Es importante destacar en la asignación y ejercicio de las Reservas transitorias, que todos los procedimientos de contratación de bienes, servicios y servicios de obra pública que realicen las dependencias y entidades cubiertas por el capítulo X, cuyo valor estimado de contratación sea menor al monto de los umbrales serán de carácter nacional, a menos que se cumpla alguna de las siguientes condiciones

para la realización de licitaciones internacionales: que previa investigación de mercado realizada por dependencias o entidades, no exista oferta en cantidad o calidad de proveedores nacionales o los contratistas nacionales no cuenten con la capacidad para la ejecución de la obra de que se trate; que sea conveniente en términos de precio o, que sea obligatorio en adquisiciones, servicios y contratación de servicios de obra pública financiados con créditos externos otorgados al gobierno federal o con su aval.

Cuando las dependencias y entidades sujetas, en materia de obras públicas, o PEMEX y C. F. E., pretendan seguir un procedimiento de excepción a la licitación pública, en el que participen exclusivamente proveedores y contratistas nacionales y se trate de operaciones de compra dentro del ámbito de aplicación del TLCAN, al amparo de un supuesto contenido en las leyes que no esté contemplado en alguna de las circunstancias para licitación restringida relacionadas en el artículo 1016 párrafo 2 del Capítulo X del TLCAN, sólo podrán hacerlo si lo realizan con cargo a su reserva transitoria (artículo 26 del Acuerdo competente en materia de Reservas). PEMEX y C. F. E. aplicarán el monto de su reserva a la adquisición de bienes, servicios y servicios de obra pública de acuerdo con sus requerimientos.

El 28 de febrero de 2003 la Secretaría de Economía publica en el Diario Oficial de la Federación un Acuerdo:

“ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS RESERVAS CONTENIDAS EN LOS CAPITULOS DE COMPRAS DEL SECTOR PUBLICO DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”

En el caso de México, se acordaron cierto tipo de reservas con el objeto de preservar ciertas compras estratégicas y garantizar la operación eficiente del sistema de adquisiciones de las entidades y dependencias compradoras, así como

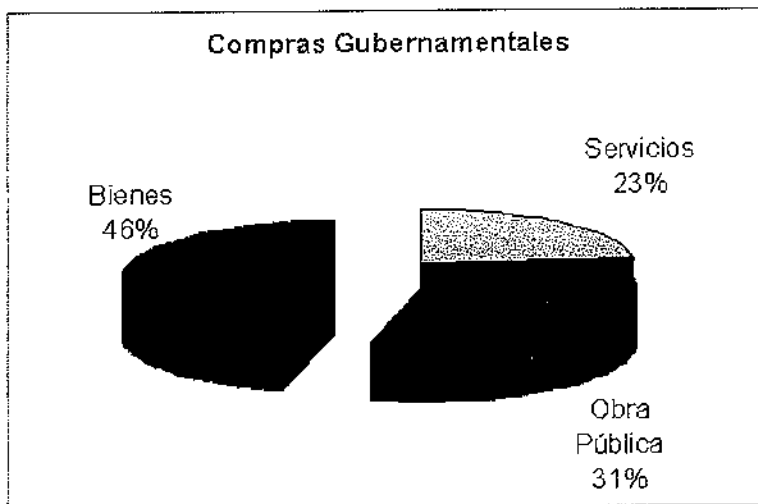
para que la industria nacional cuente con una escala mínima de operación y un periodo de operación adecuado.

Los sectores de la construcción y el energético, fueron en los que se aplicaron estas reservas, las cuales ya para el año de 2003 desaparecieron.

4. LICITACIONES PÚBLICAS Y CONTRATOS CELEBRADOS AL TENOR DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON AMÉRICA DEL NORTE

El Sector Público requiere, para el cumplimiento de sus actividades, desde la adquisición de importantes volúmenes de materias primas, refacciones, productos terminados, contratación de servicios, hasta la ejecución de grandes proyectos de infraestructura.

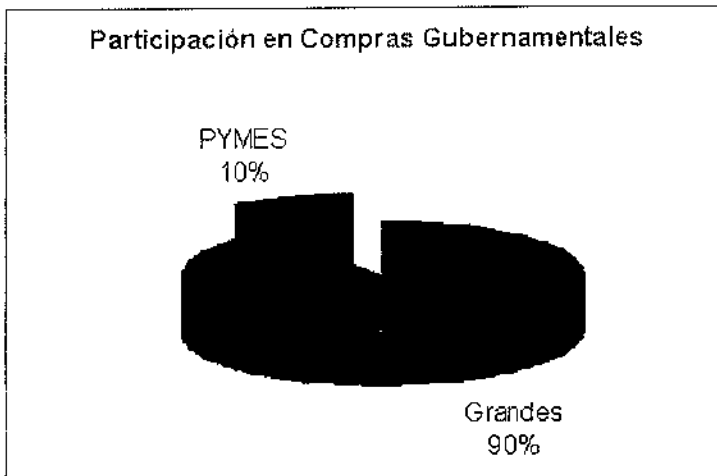
A partir de la Cuenta de la Hacienda Pública Federal se estima que las compras gubernamentales para el año 2004 ascendieron a 231,851.2 millones de pesos, es decir, el 21.64 % del total del presupuesto del Poder Ejecutivo Federal; de los cuales el 46% (106,651.5) correspondieron a bienes, 23% (53,325.7) a servicios y 31 % (71,873.8) a obra pública.



La Secretaría de Economía inició el 12 de agosto de 2003, la firma de convenios con siete dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, para poder incrementar de 10 a 15 por ciento la participación de las Pequeñas y medianas empresas (Pymes) en las compras gubernamentales, en un plazo de 12 meses, promoviendo así la reactivación del mercado interno.

Las dependencias y entidades con las que se han firmado convenios son: SHCP, SCT, SEDESOL, CFE, ISSSTE, IMSS y PEMEX, las cuales destacan por el número y volumen de las compras que realizan.

El objetivo para el año 2006, es que las Pymes tengan una participación de 35 a 40% dentro de las compras gubernamentales.



Porcentaje de empresas extranjeras que son adjudicadas:

Del 1° de enero al 25 de agosto del 2003, el Sistema Electrónico de Contrataciones Gubernamentales registró 14,704 fallos de licitaciones, de los cuales 12,565 (85%) se dio a favor de empresas nacionales y 2,139 (15 %), corresponde a empresas extranjeras.



Durante el 2004, la Administración Pública Federal, llevó a cabo 71,825 contratos de los cuales el 58% corresponde a licitaciones. Los contratos por licitación

durante 2004 aumentaron un 9% con respecto al 2001, año en el que solo en 49% se contrato a través de una licitación. A su vez, el porcentaje de contratos efectuados por adjudicaciones directas e invitaciones a cuando menos tres personas han venido disminuyendo.

Ahora bien, de una investigación a las licitaciones públicas celebradas por el Gobierno Federal a través de sus Secretarías de Estado y órganos desconcentrados, específicamente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, Secretaría de Salud, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Secretaría de Educación Pública, así como de Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, por ser éstas las que más licitaciones públicas celebran cada año, encontré lo siguiente:

Respecto a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes durante el año 2004 y lo que va del 2005 se celebraron 55 licitaciones públicas para adquisiciones y servicios, de las cuales 12 fueron internacionales y únicamente para adquisiciones, siendo adjudicadas a empresas o proveedores que se encuentran constituidos en México; estas licitaciones internacionales básicamente fueron para adquirir equipos y aparatos de comunicaciones y equipos y programas de cómputo. Por lo que respecta a la obra pública, la secretaria de Comunicaciones y Transportes, celebró 187 licitaciones públicas, las cuales en un 100% fueron adjudicados a empresas establecidas en nuestro país, encontrando que existe un porcentaje considerable de licitaciones que fueron declaradas desiertas, lo que desde luego implica que exista la posibilidad de adjudicar contratos a empresas no nacionales.

En cuanto a la Secretaría de Salud, durante el año 2004 y lo que va del 2005 celebró 55 licitaciones, de las cuales 24 fueron internacionales y únicamente para adquisiciones, adjudicadas a empresas constituidas en México y básicamente para adquirir medicamentos, material médico, equipo de cómputo y artículos de

papelería. En cuanto a la obra pública la dependencia celebró 7 contratos con empresas constituidas en nuestro país.

La Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) durante el año 2004 y lo que va del 2005, celebró 28 licitaciones públicas, de las cuales 3 fueron internacionales y únicamente de adquisiciones y básicamente para adquirir equipo y material de cómputo, siendo adjudicadas a empresas o proveedores que se encuentran constituidos en México. De obra pública no celebró un solo contrato.

Respecto a la Secretaría de Educación Pública, durante el año 2004 y lo que va del 2005, celebró 34 licitaciones públicas, de las cuales 13 fueron internacionales y todas para adquisiciones y básicamente para adquirir artículos ferreteros, de cómputo, de papelería, cédulas profesionales, antenas, bicicletas, radiograbadoras, videocassetas, teléfonos cafeteras, engargoladoras, frigobares, enfriadores, banderas mexicanas y cámaras de video, siendo adjudicadas a empresas o proveedores que se encuentran constituidos en México.

Por lo que se refiere a las licitaciones públicas para obra pública de estas dos últimas dependencias del Gobierno Federal, son pocas las celebradas y en su totalidad son nacionales. De obra pública celebró 15 contratos, todos con empresas constituidas en México.

Ahora bien, dos importantes órganos desconcentrados que llevan a cabo un gran número de licitaciones públicas son Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad, las cuales analizo a continuación:

Recordemos que Petróleos Mexicanos tiene una serie de organismos y que cada uno de ellos puede celebrar licitaciones públicas, pero en este trabajo sólo analizare a Petróleos Mexicanos como tal y PEMEX Exploración y Producción. PEMEX durante el año 2004 y lo que va del 2005 celebró 124 licitaciones públicas,

de las cuales 65 fueron internacionales, de las cuales a su vez 49 fueron para adquisiciones y 16 para servicios y básicamente para adquirir papel higiénico, uniformes, artículos deportivos, equipo de comunicaciones, material eléctrico, equipo de cómputo, medicamentos, equipo médico, servicios de fotocopiado, mantenimiento de equipo de cómputo, exámenes de laboratorio; siendo adjudicados los contratos a empresas o proveedores establecidos en México y, de obra pública celebró 26 contratos y sólo un contrato con una empresa extranjera. Respecto a PEMEX Exploración y Producción, celebró durante el año 2004 y lo que va del presente año 24 licitaciones públicas, 20 fueron internacionales y únicamente para adquisiciones, básicamente de camiones, tractores y equipo de cómputo, siendo adjudicadas a empresas o proveedores establecidos en México. De obra pública celebró 3 contratos y uno de ellos con una empresa extranjera.

Por último la Comisión Federal de Electricidad celebró en el año 2004 y lo que va de 2005, 42 licitaciones públicas, de las cuales 24 fueron internacionales y para adquisiciones únicamente, básicamente para camiones, automóviles, refacciones, material eléctrico, equipo y material de cómputo; los cuales fueron adjudicados a empresas o proveedores establecidos en México. Respecto a la obra pública, celebró 46 contratos, de los cuales uno se adjudicó a una empresa japonesa y dos a empresas de Estados Unidos de Norteamérica.

Existe un gran número de dependencias y entidades de la administración pública federal que celebran año con año licitaciones públicas, por lo que resulta imposible hacer el análisis de cada una de ellas, sin embargo las mencionadas anteriormente considero son de las más relevantes en cuanto a número; no obstante lo anterior, sí puedo afirmar que las licitaciones públicas internacionales celebradas por la gran mayoría de las dependencias y entidades versan sobre los mismos bienes a adquirir.

5. LAS COMPRAS DE GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y CANADA AL TENOR DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

Respecto al Capítulo X de Compras Gubernamentales del TLCAN, el tratamiento concedido por parte de los canadienses y norteamericanos a la adquisición de bienes, servicios en general, servicios de construcción y los relacionados con la construcción de obra pública, así como a los proveedores mexicanos, será el trato de nación más favorecida.

Sin embargo, podemos ver que el sistema jurídico de estos países en relación con México es diferente y esto trae como consecuencia la incompatibilidad jurídica en el desarrollo de la integración comercial. México por su parte, considera a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y en segundo plano respecto de la Constitución Federal.

Así vemos que mientras México compromete su derecho interno frente a la comunidad internacional, ante sus compromisos validados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, Estados Unidos y Canadá al no adherirse a esta Convención y al no estar dispuestos a dejar su posición proteccionista, iniciando desde su sistema jurídico, mantienen un sistema cerrado aunque no funciona necesariamente sobre la base de la discriminación entre agentes internos y externos, ya que a priori, el principio de trato nacional elimina esta distinción, al menos entre los nacionales de los Países Parte del TLCAN. Haciéndose menos evidente el hecho de que en la realidad ambos socios comerciales extienden los derechos de sus agentes internos mediante sus leyes domésticas, que no se someten a los tratados internacionales.

Al igual que Estados Unidos, los acuerdos internacionales en Canadá no son autoaplicativos, no tienen automáticamente fuerza legal, sino que para que un

tratado internacional cause efectos jurídicos debe ser implementado a través de legislación interna de implementación. Así, los tratados se establecen en la extensión y alcance que determina dicha legislación. La legislación de implementación puede ser federal o local, o incluir los dos niveles, dependiendo de que las obligaciones internacionales contraídas afecten la jurisdicción federal o local. Así que para comprender el alcance y aplicación de Acuerdos multilaterales o regionales y el capítulo X del TLCAN es necesario examinar la legislación de implementación apropiada y no el acuerdo en sí.

Este sistema adoptado por nuestros socios comerciales trae ciertas ventajas a sus nacionales, primeramente porque aclara inconsistencias y cubre lagunas que existen entre su derecho interno y las normas de los acuerdos internacionales; en segundo lugar, permite que Estados Unidos y Canadá interpreten las partes ambiguas y confusas del acuerdo de manera consistente con los intereses y políticas nacionales.

Es por estas razones que desde la entrada en vigor de TLCAN no se ha modificado la cobertura del Anexo 1001-1^a-3 de las Entidades de los gobiernos estatales y provinciales y que ha provocado que los proveedores o constructores mexicanos sólo se adjudiquen contratos de pequeñas obras y adquisiciones.

Ahora bien, las compras de gobierno de Canadá son definidas generalmente en términos de compras para el beneficio directo y uso de las entidades gubernamentales. Sin embargo, los niveles subcentrales del gobierno tienen total autonomía para realizar sus adquisiciones. En el ámbito de las compras federales que realicen las entidades federales se aplicarán políticas y procedimientos contenidos en el Acuerdo sobre Compras del Sector Públicos de la Organización Mundial de Comercio y en el TLCAN.

El régimen de adquisiciones del sector público canadiense distingue entre las adquisiciones de bienes, servicios construcción e inmuebles. Las adquisiciones de

bienes, servicios y obras realizadas por las agencias y departamentos del gobierno federal están sujetas a las políticas sobre Inmuebles del Treasury Board. La adquisición de servicios e inmuebles está descentralizada a nivel de los departamentos y agencias federales. La adquisición de bienes y obras está, por lo general, centralizada en el PWGSC (Departamento de Obras Públicas y Servicios del Gobierno de Canadá).

El objetivo de las contrataciones del gobierno federal es el de adquirir bienes y servicios y llevar a cabo obras de una manera que se maximice el acceso, la competencia y la igualdad y que resulte en el precio más bajo, o si fuese apropiado, el equilibrio óptimo que beneficie a la Corona y su pueblo canadiense.

Es inherente para procurar el mejor valor la consideración de todos los costos sobre la vida útil de la adquisición de bienes y servicios a través de un proceso competitivo. Sin embargo, en circunstancias especiales, como compras de menor valor (que no están cubiertas por los acuerdos comerciales internacionales como el TLCAN), o cuando el bien puede solamente ser adquirido de un solo proveedor, la contratación directa o limitada está permitida y es prioritaria.

Cada departamento y agencia tiene autoridad para comprar individualmente. La autoridad departamental para contratar esta generalmente en la legislación consultiva de cada departamento y confiere ciertos poderes a su Ministro. Estas autoridades están reforzadas por la *Appropriation Acts* aprobada por el parlamento cada año y provee los fondos para llevar a cabo el mandato de los departamentos.

El marco jurídico del Gobierno de Canadá para las compras del sector público está constituido por: *Financial Administration Act* (Ley de administración Financiera), *Annual Appropriation Acts* (Leyes de Apropriación Anual), *Treasury Board Contracting Policy and Guidelines* (Políticas y Lineamientos de Contratación de la Junta del Tesoro), *Departmental Enabling Legislation* (legislación Deprtamental

de Habitación), Departmental Policies and Practices (Políticas y Prácticas Departamentales).

Por lo que hace a Estados Unidos de Norteamérica, sus compras de gobierno están generalmente definidas en términos de la adquisición de bienes y servicios para el directo beneficio y uso de las entidades gubernamentales.

Estados Unidos generalmente no distingue entre la adquisición de bienes, servicios, obras públicas y otras compras en términos de procedimientos competitivos y transparentes. Los mismos procedimientos transparentes se aplican a todos los tipos de contratos.

Estados Unidos tiene normas especiales para servicios, construcción y grandes sistemas, servicios públicos y compras por menos de cien mil dólares, pero inclusive estas compras especiales se encuentran dentro del esquema general de procedimientos que requieren transparencia y competencia.

Las contrataciones y compras gubernamentales que haga Estados Unidos en el exterior o a proveedores extranjeros que lleguen ofreciendo sus bienes o servicios a su territorio, dependerá de la política comercial adoptada en ese momento. El cuerpo de instituciones encargadas de formular la política comercial externa de Estados Unidos, constituye un sistema de multiagencias que ejercen contrapesos mutuos y que promueven los intereses de Washington en el mundo.

En la aplicación de los procedimientos de compras en Estados Unidos, la regla general es la competencia abierta y total. Sin embargo, a veces se permite aplicar procedimientos selectivos de contratación directa en circunstancias específicas. Además, en adquisiciones complejas, los funcionarios pueden redactar un borrador de pedido de propuestas y enviarlo a los proveedores interesados para comentarios. Este procedimiento es accesible a todos los proveedores y dependiendo los comentarios el pedido puede ser alterado.

El United States Code (Código de los Estados Unidos) en sus títulos 10 y 41 contiene la mayor parte de las leyes en las que se basa la Federal Acquisition Regulations (FAR). Anualmente las leyes de autorización y presupuesto son aprobadas por el Congreso y firmadas por el Presidente que puede exigir requisitos y autoridades adicionales.

Los organismos del Ejecutivo reciben partidas presupuestarias del Congreso cada año, estas partidas estimulan los programas que éstas entidades están autorizadas a financiar y el monto en dólares que están autorizadas a gastar. Los organismos del Ejecutivo están obligados, en algunos casos, a satisfacer sus requerimientos de bienes y servicios a través de fuentes centralizadas del gobierno.

En el caso de México, como ya vimos, las compras de sector público se refieren a las adquisiciones, arrendamientos y servicios de bienes muebles, así como a los servicios de construcción y los servicios relacionados con la obra pública que contraten, con cargo total o parcial a recursos federales, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a estas dependencias y entidades le son aplicables la LAASSP y la LOPSRM.

Un punto interesante para comentar es el relacionado a las excepciones a los elementos de cobertura que desde luego se establecen en el TLCAN.

CANADA	ESTADOS UNIDOS	MÉXICO
Investigación y desarrollo	Investigación y desarrollo	Todos los contratos de servicios de transporte
Estudios y análisis - no investigación y desarrollo	Servicios de procesamiento de información y servicios de telecomunicaciones relacionados	Servicios públicos (incluyendo los servicios de telecomunicación, transmisión, agua o energía)
Servicios de arquitectura e ingeniería	Mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción e instalación de bienes/equipo	Administración y operación de contratos otorgados a centros de investigación y desarrollo que operan con fondos federales, o relacionados con la ejecución de programas de

		investigación patrocinados por el gobierno
Servicios de procesamiento de información y servicios de telecomunicaciones relacionados	Operación de instalaciones propiedad del gobierno	Servicios financieros
Servicios relacionados con recursos naturales	Servicios públicos	Servicios de investigación y desarrollo
Servicios de salud y servicios sociales	Servicios de transporte, viajes y reubicación	
Control de calidad, pruebas, inspección y servicios técnico representativos		
Mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción e instalación de bienes/equipo		
Conserjería y servicios relacionados		
Servicios financieros y servicios relacionados		
Operación de instalaciones propiedad del gobierno		
Servicios profesionales, administrativos y de apoyo gerencial		
Servicios públicos		
Servicios de comunicaciones, fotográficos, cartografía, imprenta y publicación		
Servicios educativos y de capacitación		
Servicios de transporte, viajes y reubicación		
Arrendamiento y alquiler de equipo		
NOTA: Todos los servicios relacionados con aquellos bienes adquiridos por el Department of National Defence, la Royal Canadian Mounted Police y el Canadian Coast Guard que no se identifiquen como sujetos a la cobertura de este capítulo (Anexo 1001.1b-1), estarán excluidos de	NOTA: Todos los servicios comprados en apoyo de fuerzas militares localizadas fuera del territorio serán excluidos de la cobertura de este capítulo. Para los proveedores de servicios de Canadá, este Capítulo se aplicará a las compras de las autoridades y entidades	

<p>las disciplinas de este capítulo.</p> <p>Todos los servicios adquiridos en soporte de fuerzas militares localizadas fuera del territorio estarán excluidos de la cobertura de este Capítulo.</p> <p>La lista de Canadá se aplicará tal como se identifica en el Anexo 1001.2b y el Anexo 1001.1b-3.</p> <p>En ausencia de definiciones acordadas para las clases de servicios bajo el Sistema de Clasificación propuesto para el TLC, y en tanto no se acuerden mutuamente por las Partes, Canadá continuará aplicando las definiciones apropiadas del CPC para identificar las clases que considere excluidas</p>	<p>administradoras de energía señaladas en los numerales 1 a 6 de la Lista de Estados Unidos en el Anexo 1001.1a-2 y a las adquisiciones del Bureau of Reclamation del Department of the Interior sólo a partir del momento en que este Capítulo se aplique a las compras realizadas por las plantas hidroeléctricas provinciales de Canadá, sin incluir a las plantas locales</p>	
---	--	--

Como podemos observar existen una gran desigualdad en los servicios que están exentos de aplicar el TLCAN en materia de compras de gobierno, lo que desde luego significa un perjuicio para los proveedores mexicanos.

6. VENTAJAS O DESVENTAJAS PARA LOS PROVEEDORES MEXICANOS EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS INTERNACIONALES

Respecto a las ventajas o desventajas de celebrar licitaciones públicas, el Profesor Gastón Jesé, señala que entre las ventajas de celebrar licitaciones encontramos las siguientes: la administración obtiene mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad; se protege a la administración de las colusiones entre contratantes y agentes administrativos; fomenta la competencia entre los industriales o empresarios que están en condiciones de contratar con la administración pública, ya sea vendiéndole bienes y servicios o ejecutando, para ella, obras públicas; permite un mejor sistema de control, tanto por parte de la administración de los fondos públicos como por parte de los particulares, ya que determinan previamente los aspectos a evaluar y controlar del procedimiento administrativo, es decir, crea un sistema de control

recíproco entre los recurrentes, constituyendo un freno a la discrecionalidad de los funcionarios públicos, para adjudicar contratos.³⁸

Por lo tanto, considera el Maestro José Pedro Elías que "la administración pública está en condiciones de escoger, dentro del mayor número de interesados, al proponente que, teniendo en consideración sus condiciones técnicas y morales, se encuentre en mejores condiciones para cumplir el contrato administrativo y haya presentado una propuesta más conveniente a los intereses del Estado. Por otra parte, la consideración de todos los proponentes en un pie de igualdad, evita así que favoritismos, interés o dádivas, formalicen contratos administrativos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado. El hecho de que toda propuesta deba ajustarse al pliego de condiciones y trámites exigidos por la legislación, y que todos y cada uno de los licitadores puedan ejercer su fiscalización, hasta el momento de la formalización del contrato administrativo, son requisitos decisivos para la seriedad del acto contractual, el cumplimiento fiel de todas las formalidades y muy especialmente, para evitar la complicidad o parcialidad de los funcionarios del gobierno hacia determinados particulares."³⁹

VENTAJAS:

De acuerdo a lo señalado con anterioridad, puedo decir que efectivamente considero que entre las ventajas de que la administración pública federal celebre licitaciones públicas para la adquisición, arrendamiento, servicios y obra pública, se encuentra:

- a) Principalmente, que el Estado tiene la posibilidad de escoger, entre diversas propuestas, la que le de las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad y oportunidad.

³⁸ Citado por José Pedro Elías, Op. Cit., p. 55

³⁹ José Pedro López Elías, Op. Cit. P. 57

b) el fomentar la competencia entre los empresarios, sin embargo en el caso de las licitaciones públicas internacionales es prácticamente imposible que una empresa nacional compita con una empresa de Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

c) El que se crean sistemas de control por parte de las dependencias o entidades de la administración pública federal, lo que es cierto ya que por ejemplo tanto la Secretaría de la Función Pública como la de Economía han creado mecanismos importantes para tratar de que los procedimientos licitatorios se apeguen a la legalidad, tales como: los programas anuales de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios así como de Obra Pública. El objetivo de estos programas es difundir la demanda de bienes, servicios, así como de obras públicas del gobierno a efecto de que las empresas programen su posible participación en los procedimientos de compras del sector público. Por su parte, la LAASSP, así como la LOPSRM, establecen en sus Artículos 21 y 22, respectivamente, que las dependencias y entidades remitirán a la Secretaría de Economía sus programas anuales de adquisiciones, arrendamientos y servicios (PAAAS), así como sus programas anuales de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (PAOP), a más tardar el 31 de marzo de cada año. Cabe señalar que de acuerdo a dicha normatividad los programas son de carácter informativo y no implican compromiso alguno de contratación. Asimismo, éstos pueden ser adicionados, modificados, suspendidos o cancelados sin responsabilidad alguna para la dependencia o entidad de que se trate. Para integrar la información correspondiente la Secretaría de Economía convino con representantes empresariales la aplicación de un formato único, el cual permite que los programas sean presentados por las dependencias y entidades de manera homogénea. El sistema diseñado para difundir los PAAAS y los PAOP permite obtener la siguiente información:

* Descripción de bienes, servicios, así como de obras públicas a adquirir o contratar;

- * Valor estimado de la adquisición;
- * Volumen (cantidad y unidad de medida);
- * Origen (nacional e importado);
- * Entidad federativa donde se realizará la adquisición, y/o contratación
- * El trimestre probable de compra o de contratación.

Entre las principales adquisiciones y contrataciones que realizan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal se encuentran los siguientes tipos de bienes, servicios y obra pública:

Bienes: maquinaria y equipo; computadoras; medicamentos; vehículos terrestres; suministros de oficina; equipo de telecomunicaciones; herramientas; llantas y cámaras; productos químicos y combustibles.

Servicios: transporte marítimo; mantenimiento y reparación de bienes y equipo; control de calidad; publicidad; desarrollo de sistemas de cómputo; limpieza y vigilancia; servicio telefónico; aseguramiento de bienes patrimoniales; fotocopiado; arrendamiento de inmuebles y capacitación.

Obra pública: edificación de terminales marítimas y de almacenamiento; remodelación de inmuebles; construcción de carreteras, caminos y puentes, así como edificación de hospitales, clínicas y escuelas.

d) La creación de normas, acuerdos y lineamientos por parte de la secretaría de Economía, creo es un gran ventaja, ya que las dependencias y entidades de la administración pública federal que celebren licitaciones públicas internacionales deben seguir dichos lineamientos, los cuales hacen más fácil la aplicación de las leyes y el TLCAN, en cuestiones que pudieran existir lagunas en las mismas y, que si dichas autoridades no acatan, pudieran hacerse acreedoras de una sanción administrativa, lo que da a los participantes una seguridad del desarrollo del procedimiento.

e) Otra ventaja que considero importante es la creación de las listas de proveedores sancionados por los Órganos Internos de Control de la Entidad licitante o bien por la Secretaría de la Función Pública; lista que es publicada en la

página de internet de la segunda de las dependencias mencionadas y que con ello se evita el que en las licitaciones públicas participen empresas o proveedores que no van a cumplir con los requisitos que establecen las leyes o con lo establecido en los contratos administrativos celebrados.

f) En el caso de las licitaciones públicas internacionales, una importante ventaja es que no obstante que sean internacionales, la dependencia o entidad puede estipular en las bases, que los bienes a adquirir deben ser de origen nacional.

g) Resulta ventajoso a mi juicio y después de haber analizado las licitaciones públicas internacionales que celebra la administración pública federal, el hecho de que las adjudicaciones de las partidas son a empresas o proveedores constituidos en nuestro país, lo que significa generar una gran cantidad de empleos.

DESVENTAJAS:

a) La principal desventaja que encuentro en estos procesos de licitación es desde luego la corrupción, ya que no obstante los esfuerzos de la Secretaría de la Función Pública por erradicarla, no lo ha logrado, lo que se traduce en adjudicación de contratos a empresas que inclusive, en ocasiones, no es ni la mejor oferta, ni el mejor precio, ni la mejor calidad, ni se le da la preferencia a las empresas o proveedores nacionales.

b) Otra importante desventaja y que pude observar al analizar las licitaciones públicas internacionales llevadas a cabo por algunas dependencias o entidades de la administración pública federal, es el hecho de que considero no existe un marco sobre el cual la Secretaría de Economía determine en qué casos específicamente una licitación pueda ser internacional, ya que las dependencias o entidades en algunas ocasiones celebran licitaciones nacionales para adquirir por ejemplo artículos de papelería y en otras ocasiones u otra dependencia celebra para

adquirir esos mismos artículos, una licitación internacional, cuando quizá se pueda obtener calidad y precio en artículos nacionales.

c) La falta de avances en la tecnología, así como la falta de infraestructura de las empresas nacionales es otra gran desventaja en este tipo de procedimientos, ya que no pueden competir con las extranjeras, resultado de ello es que por ejemplo ninguna empresa mexicana ha ganado un megaproyecto de obra importante, fundamentalmente en PEMEX y C.F.E, lo que ha provocado una situación financiera crítica para la empresa nacional, una limitada capacidad de ingeniería o desarrollo de nuevas tecnologías y por tanto una importación excesiva de la tecnología ligada al financiamiento.

d) Otra desventaja considerable lo es la lista de servicios que se encuentran exentos de licitaciones públicas internacionales por parte de Canadá y Estados Unidos, en comparación con la lista de México, mismas que ya analizamos anteriormente.

e) En materia de obra pública, existe una gran ausencia de proyectos ejecutivos para la realización de las mismas, se estima que más de un 35% de las obras que se hicieron en años pasados con recursos del programa nacional de solidaridad, hoy no sirven.

f) Como ya dije anteriormente existe un retraso en la tecnología, lo que desde luego es una desventaja para las empresas nacionales, tan lo es que por ejemplo, del estudio que realice a las licitaciones públicas celebradas por algunas dependencias y entidades de la administración pública federal, observe que siendo nacionales, fueron declaradas desiertas ya sea por falta de propuestas o bien por que no cumplían con los requerimientos de la entidad, lo que se traduce en una posterior licitación internacional.

g) La falta de apoyo y programas a la empresa nacional ya sea para participar en licitaciones nacionales, como para hacerlo en las licitaciones llevadas a cabo en Estados Unidos de Norteamérica y Canadá.

Como podemos ver, existen importantes ventajas, pero también importantes desventajas de las licitaciones públicas internacionales, aunque en las conclusiones determinare a mi juicio, si es o no conveniente la celebración de las mismas, esto tomando en cuenta lo que dispone el artículo 134 Constitucional, ya que para ciertos sectores podrán ser convenientes y para otros no tanto, por lo que lo analizare como ya dije desde el punto de vista de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Las licitaciones públicas internacionales son un medio muy importante a través del cual el Estado tiene la opción de elegir la mejor propuesta para adquirir, arrendar bienes o servicios y obra pública, aunque únicamente se pueda celebrar en casos específicos, lo que considero un gran acierto.

SEGUNDA. Si bien es cierto entre los principios del Tratado Internacional de Comercio con América del Norte, se encuentra el de Trato Nacional y No Discriminación, también lo es que Estados Unidos y Canadá no lo aplican, ya que en la práctica vemos que ambos Países, es decir Estados Unidos y Canadá, siguen teniendo prácticas proteccionistas para con sus nacionales y esto lo podemos ver de manera más clara en el capítulo de excepciones a las licitaciones, en donde dichos países dejan fuera una gran cantidad de servicios para los que México no puede participar, situación que no ocurre en nuestro país.

TERCERA. Puedo concluir que después del estudio e investigación de este trabajo, confirmo el hecho de que existe un gran desplazamiento de la industria extranjera por la nacional, pero sin embargo, creo que esto se debe a la limitada capacidad técnica y desarrollo de nuevas tecnologías, lo que desde luego implica que la industria nacional en muchos casos no pueda brindar al Estado los servicios o adquisiciones que éste requiere y menos aún con los costos que otras empresas no nacionales lo pueden hacer, e incluso me atrevería a decir que ni con la misma calidad. Por lo tanto creo importante que el Gobierno Federal debería crear programas de verdadero apoyo a la micro y mediana empresa, para que tengan la capacidad, infraestructura y modernización que nuestro país requiere, ya que si bien es cierto existen ciertos programas, también lo es que exigen demasiados requisitos y llegan a ser inalcanzables para muchos de esos pequeños y medianos empresarios.

CUARTA. Otro punto importante por señalar es el hecho de que la adjudicación de contratos derivados de licitaciones públicas con carácter de internacional, son en su mayoría a empresas que si bien no son nacionales, si se encuentran establecidas en México, lo que significa la creación de un número significativo de empleos, además de que también utilizan material y equipo de origen nacional, lo que creo es ventajoso para el país.

QUINTA. Considero que la real desventaja en las compras de gobierno, no solamente en las internacionales sino también nacionales, existe entre las pequeñas empresas en comparación con las grandes empresas, por lo que sería de suma importancia el apoyo que pudiera otorgar el Gobierno Federal a las pequeñas empresas a efecto de que se encuentren en igualdad de circunstancias.

SEXTA. Por último, puedo señalar que tomando en cuenta que el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece como procedimientos para adquirir, arrendar bienes y servicios y obra pública, las licitaciones públicas, a fin de que el Estado obtenga las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad; del estudio realizado, puedo concluir que el mecanismo creado es muy eficaz, ya que pone al Estado en condiciones de poder escoger la mejor oferta y que no siempre será la de menor precio, sin embargo, en muchas ocasiones no se cumple con el fin para el cual fue creado este tipo de procedimientos, debido al grave problema de la corrupción, que disminuye la efectividad de los mismos, por lo que mientras no se establezcan verdaderos controles en cuanto a la adjudicación de los contratos, no servirá de nada que estos procesos licitatorios sean cada más utilizados en las dependencias del Gobierno Federal.

SEPTIMA. La creación de un organismo que se encargue de llevar a cabo los procedimientos y selección de la mejor oferta, que si bien se encuentre integrado por personal de la dependencia o entidad, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Secretaría de la Función Pública, también lo integre personal debidamente capacitado en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y obra pública, debiendo conocer muy bien los tratados de libre comercio celebrados por México y en especial aquellos que tengan un capítulo específico de compras de gobierno. Debiendo la Secretaría de la Función Pública, por su parte, seguir trabajando en la creación de un mecanismo similar al compranet, pero a través del cual el organismo creado, se auxilie para determinar la mejor oferta y cumplir de esta manera con los fines del Estado.

En el mes de julio de 2005, entraron en vigor reformas a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, las cuales en términos generales y en relación al tema del presente trabajo, versan sobre los siguiente:

- Se da preferencia, en igualdad de condiciones, a discapacitados o proveedores y contratistas que los empleen, en una proporción del 5 % o más. (art. 14)
- Presentación de propuestas técnicas y económicas en un solo sobre. (art. 31)
- Agilidad en el procedimiento.
- Se suprimió que la Secretaría de Economía determinara el carácter nacional o internacional, así como el grado de contenido nacional de los bienes a ofertar. (art. 26)
- Publicación en internet de prebases para opinión de interesados, cámaras y asociaciones empresariales. (art. 27)
- Evita la inclusión de requisitos que limitan la participación o direccionan la adjudicación
- El programa anual de adquisiciones y de obras públicas del siguiente ejercicio, se publica en Internet el último día de noviembre del año en curso y marzo del subsecuente. (art. 21)
- La participación de los asesores de la Secretaría en los Comités de Adquisiciones o de Obras Públicas debe motivarse y fundarse. (art. 22)
- Es posible convocar, adjudicar y formalizar contratos comprometiendo recursos de ejercicios posteriores, quedando sujeta a la disponibilidad presupuestaria correspondiente. (art. 25)
- Existe la obligación para licitar vía electrónica a las dependencias y entidades habilitadas, siendo optativo para los participantes. (art.29)
- Se posibilitan los pagos y la formalización de contratos por la vía electrónica. (art. 51)
- Faculta a contralorías estatales para resolver inconformidades cuando apliquen recursos federales.
- Facilita a los licitantes gestionar su inconformidad en la entidad federativa que convoca.
- Los proveedores y contratistas que sean sancionados permanecerán inhabilitados para participar en procesos de contratación mientras no cubran una multa.
- Podrán designar a su costa a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos.

- Se establece que el 50% o más del valor de las invitaciones a cuando menos tres personas y de las adjudicaciones directas por monto, serán adjudicadas a la Micro, Pequeña y Mediana empresa, lo cual representa que el 10 % del presupuesto de adquisiciones de la Administración Pública Federal se destinará a estas empresas, porcentaje que constituye aproximadamente 14 millones de pesos que significa duplicar la cifra de 2004. (art. 42)
- La conclusión de la licitación será a la formalización del contrato (artículo 26)
- Los contratos, de acuerdo al artículo 45 deberán considerar aspectos relevantes como:
 1. incluir el tipo y modelo en las bases de la licitación
 2. considerar que no debe modificarse o adicionarse conceptos no contemplados de origen en las bases de la licitación al momento de formalizar el contrato
 3. incluir las condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o servicios, por causas imputables a los proveedores
 4. proveer que podrán formalizarse por medios remotos de comunicación electrónica que al efecto autorice la Secretaría de la Función Pública
- En cuanto a las inconformidades, se precisa que sólo procede en las licitaciones e invitación a cuando menos tres personas. (arts.65 al 68)
- Se acortan los tiempos para las investigaciones y para emitir la resolución respectiva. Las dependencias y entidades tienen un plazo de seis días hábiles para presentar la información que solicite la Secretaría de la Función Pública, en lugar de los diez días hábiles de la Ley vigente.
- Las dependencias y entidades deben incluir en las bases de licitación e invitación a cuando menos tres personas el procedimiento de la inconformidad.
- Se adicionó la fracción III del artículo 33, que equivale a la fracción II de la Ley vigente, y señala que en las licitaciones públicas se hace obligatoria la celebración de la junta de aclaraciones, siendo optativa la asistencia de los licitantes. Las preguntas que se realicen durante la misma deberán responderse de manera clara y precisa por los servidores públicos responsables de llevarlas a cabo.
- En las licitaciones internacionales, se precisa que tratándose de proveedores extranjeros, los pagos podrán hacerse en el extranjero en moneda determinada en las bases respectivas. (art. 31 fracción VI)
- Las dependencias y entidades podrán establecer en sus políticas, bases y lineamientos, preferentemente el pago a proveedores a través de medios de comunicación electrónica, sin que ello pueda utilizarse como requisito para limitar la participación.

BIBLIOGRAFIA

Acosta Romero, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México, 2002.

Acosta Romero, Miguel, "Compendio de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, México, 2003.

Albi Cholvi, Fernando, "Contratos Administrativos", Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1953.

Bercaitz, Miguel Angel, "Teoría General de los Contratos Administrativos", Ediciones Depalma, 2ª Edición, corregida y actualizada, Buenos Aires, 1993.

Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", 6ª Edición, Buenos Aires, 1964.

Castan Tobeñas, José, "Derecho Civil Español Común y Foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.

Castrejón García, Gabino Eduardo, "Derecho Administrativo Constitucional", Editorial Cárdenas Velasco Editores, México, 2004.

Castrejón García, Gabino Eduardo, "Derecho Administrativo", Editorial Cárdenas Velasco Editores, México, 2004.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. "Elementos de Derecho Administrativo", Limuza-Noriega. 2ª Edición. México, 2000.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, "Compendio de Derecho Administrativo Segundo Curso", Editorial Porrúa, México, 2001.

Escola, Jorge Héctor, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1999.

Fernández Astudillo, José María, "Contratación Administrativa", Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 2002.

Fernández Ruiz, Jorge. "Diccionario de Derecho Administrativo", Editorial UNAM, México, 2003.

Fernández Ruiz, Jorge, "Derecho Administrativo- Contratos", Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002.

Fraga, Gabino. "Derecho Administrativo", 43ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

Garrido Falla, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", 5ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

López-Eliás, José Pedro, "Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México", 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1999.

Martínez Morales, Rafael, "Derecho Administrativo 1º y 2º Curso", Editorial Harla, México, 2000.

Mayer Otto, "Derecho Administrativo Alemán", Traducción directa del alemán por Horacio H. Heredia y Ernesto Krostochin, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.

Nava Negrete, Alfonso, "Contrato Administrativo, Diccionario Jurídico Mexicano III", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. Porrúa, México, 1985.

Nava Negrete, Alfonso, "Contratos Privados de la Administración Pública", Revista de la Facultad de Derecho, México, Tomo XIII, No. 51, 1963.

Nava Negrete, Alfonso, "Derecho Administrativo", Instituto de Investigación Jurídicas, 1ª Edición, México, 1998.

Sayagués Iaso, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", 3ª Edición, Montevideo, 1997.

Serra Rojas, Andrés, "Derecho Administrativo", 10ª Edición, Editorial Porrúa. México, 2003.

Serra Rojas, Andrés. "Derecho Administrativo Segundo Curso, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia", 24ª Edición, Editorial Porrúa. México, 2003.

Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo, "La contratación Administrativa", Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991.

Vedel, Jorge, "Derecho Administrativo", Traducción de Juan Rincón Jurado, Madrid, 1999.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y Reglamento

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento

Ley Sobre la Celebración de Tratados

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos

Tratado Internacional de Libre Comercio con América del Norte