

1876



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**EL IMPACTO JURIDICO Y SOCIAL DE LA LICITACION PUBLICA
CONFORME A LA LEGISLACION NACIONAL Y DEL TRATADO
DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANGELICA VARGAS BEJAR

DIRECTOR DE TESIS:
LICENCIADO FRANCISCO VENEGAS HUERTA

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D. F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

Ciudad Universitaria, D.F., a 3 de septiembre del 2002

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACION ESCOLAR
P-R E S E N T E**

La pasante de esta Facultad, Angélica Vargas Béjar, con número de cuenta, 9433002-9 ha elaborado la tesis "EL IMPACTO JURIDICO Y SOCIAL DE LA LICITACION PUBLICA CONFORME A LA LEGISLACION NACIONAL Y DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE", bajo la dirección del Lic. Francisco Javier Venegas Huerta, y la cual a mi juicio cumple con los requisitos reglamentarios del caso.

Ruego a usted ordenar lo conducente para que se continúen los trámites inherentes para que dicha pasante presente el examen profesional correspondiente, en caso de no existir inconveniente para ello.

Transcribo acuerdo del Consejo de Directores de Seminarios, según circular SG/003/98, de la Secretaría General:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Reitero a usted las seguridades de mi consideración y respeto.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
El Director del Seminario**

**PEDRO NOGUERÓN CONSUEGRA
LICENCIADO EN DERECHO**



c.c.p.- Dr. Fernando Serrano Migallón.- Director de la Facultad de Derecho.- presente

AGRADECIMIENTOS

*Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México,
por haberme dado el privilegio de ser miembro de la
Comunidad Universitaria.*

*Agradezco a la Facultad de Derecho, porque
recorrí sus aulas y aprendí en ellas, porque
ahí tuve a los mejores maestros, me enseñaron
a ser una persona con razones y a sostenerlas, a
entender la vida de un abogado y hacerla parte de la mía;
porque ahí conocí a los que fueron mis compañeros
y ahora son mis amigos. ¡Los mejores!*

*Agradezco al Licenciado Francisco Venegas Huerta por
su oportuna dirección, crítica y consejo en la elaboración
de este trabajo.*

*Agradezco al Maestro Gabriel Regino García, por
alentarme durante la realización del presente trabajo,
además del excelente apoyo bibliográfico proporcionado
para la realización del mismo.*

*Eugenio, gracias por el punto de empuje y darme
la confianza de escribir hoja tras hoja hasta el final.*

DEDICATORIAS

*Dedico y agradezco esta tesis a mi
Madre Martha, por toda la paciencia
no sólo durante el trayecto de la realización de
la misma, sino durante estos veinticuatro años,
que me ha acompañado, apoyado y amado incondicionalmente;
sin ella no sería lo que soy. Gracias por tu confianza mamita ¡Te amo!*

*A mis hermanas Martha y Diana, por acompañarme en la ilusión
diaria de ir avanzando en éste proyecto hasta que tomo forma
y que finalmente hoy es una realidad, de la que ellas son parte. ¡Las amo!*

*A todas las personas que estuvieron al tanto de la elaboración
y culminación de éste trabajo, gracias por su interés.*

A la comunidad Budista. Tadyatha om gate gate paragate parasamgate bodhi soha.

*(Así es, ser sintiente, encaminate, encaminate, encaminate perfectamente, encaminate
perfecta y completamente y construye la fundación)*



**EL IMPACTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA
CONFORME A LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I. GENERALIDADES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	4
1.1 Antecedentes de la licitación pública.....	4
1.2 Diferencia entre subasta y licitación pública.....	6
1.3 La licitación pública en México y su evolución legislativa.....	9
1.4 Concepto de licitación pública.....	18
1.5 Principios jurídicos y sustanciales de la licitación pública.....	24
1.6 Finalidad de la licitación pública.....	30
CAPITULO II FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	31
2.1 Base constitucional y legal.....	31
2.2 El Principio de supremacía constitucional y los tratados.....	38
2.3 Naturaleza jurídica de la licitación pública.....	48
2.4 Licitante y Licitador.....	50
2.5 Garantías en la licitación.....	54
2.6 Modalidades, excepciones y etapas de la licitación pública.....	59
2.7 Contratos Administrativos.....	88
2.7.1 Diferencias entre contratos privados y contratos administrativos.....	90
2.7.2 Extinción de los contratos administrativos.....	98
2.7.3 Tipos de contratos administrativos.....	100
2.7.4 Contratos internacionales.....	110
CAPITULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	114
3.1 La Administración Pública Federal y su ley orgánica.....	114
3.2 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM).....	127
a) Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	134
3.3 Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).	137
a) Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.....	143
3.4 Planeación programación y presupuesto.....	148

CAPITULO IV. EL IMPACTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA CONFORME A LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE. 156

4.1 La Globalización como premisa de apertura a la economía internacional..... 156
4.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la licitación pública en su modalidad de internacional, 169
4.3 Medios de Defensa en el Procedimiento de contratación (licitatorio), 181
 a) Sistema de responsabilidades, 189
4.4 El arbitraje como instrumento para la resolución de conflictos, 199
4.5 Impacto jurídico y social de las licitaciones públicas, 206
4.6 Propuestas para el fortalecimiento del sistema en materia de licitaciones públicas, 212

CONCLUSIONES 220

GLOSARIO 223

BIBLIOGRAFÍA 228

INTRODUCCIÓN

El impacto jurídico y social de la licitación pública conforme a la Legislación Nacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es el título elegido para el desarrollo del presente trabajo, debido a que la administración de los recursos económicos del Estado, es de suma importancia para el logro de los objetivos a los cuales están destinados. Una de las maneras de ocupar los recursos económicos del Estado, es a través de la contratación administrativa por parte de los órganos facultados para hacerlo, los cuales las realizan por medio de licitaciones públicas con el objeto de que exista una mayor transparencia, seguridad y equidad.

La figura de la licitación pública desde su inserción a la Constitución de 1917, hasta su regulación en el TLCAN ha producido, y lo seguirá haciendo, importantes efectos jurídicos, sociales y económicos; es por ello que ha surgido la motivación de conocer de qué manera ha evolucionado la regulación de las licitaciones públicas en el ámbito nacional, por qué ahora puede tener la modalidad de internacional, y bajo qué supuestos y qué impresiones ha producido el fenómeno globalizador en las mismas.

En este orden de ideas se pretende obtener, un panorama general de las secuelas producidas por esta contratación administrativa, en el derecho que regula esta figura y en la sociedad que recibe los beneficios o perjuicios, intentando sostener siempre una visión objetiva por parte del sustentante.

La lectura del presente trabajo tiene por objeto la reflexión y no a la inducción a forjar juicios positivos o negativos preestablecidos por el criterio del sustentante, en razón de los efectos jurídicos y sociales que han originado las licitaciones públicas.

Así el trabajo está dividido en cuatro capítulos relativos a las generalidades de la licitación pública, fundamentación constitucional y naturaleza jurídica, su régimen jurídico y el impacto jurídico y social de la licitación pública conforme a la Legislación Nacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Al final se plantean propuestas para el fortalecimiento del sistema en materia de Licitaciones Públicas y las respectivas conclusiones.

CAPITULO 1. GENERALIDADES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

1.1 Antecedentes de la licitación pública.

La Licitación Pública, es vista en México, como un medio de transparencia para la realización de un "contrato administrativo", en el que las partes serán: la Administración Pública y el particular; satisfaciendo ambos su propio interés, procurando una sana relación entre administración y administrado.

La transparencia es además un principio rector que, junto con la publicidad, concurrencia e igualdad, dan esencia y existencia al procedimiento licitatorio. No deben quedar en meros principios axiológicos, sino que deben aplicarse de manera práctica, estricta y rigurosa para llegar al fin último de la licitación pública, que es satisfacer una necesidad de interés general, con el auxilio del particular que realice la mejor oferta en precio y calidad.

La preocupación de obtener los mejores resultados de la contratación, ya sea de un servicio, construcción o suministro, no es exclusiva de México ni tampoco de estos días, sino que lo ha sido desde la época de los romanos y la edad media hasta los actuales y modernos países de Europa y América.

En el Derecho Romano existía la práctica de la venta del botín obtenido en guerra, colocándolo debajo del "asta", símbolo de realeza y arma de guerra, para después adjudicarlo a los mejores oferentes; ésta práctica era conocida como "subasta". El procedimiento de venta en "asta pública" se generalizó en un primer plano, para la venta de bienes fiscales y posteriormente se hizo extensivo a los Contratos de Obras Públicas, así lo establecía el Código de Justiniano.

El procedimiento era dirigido por el censor, que tenía a su cargo realizar la fórmula del contrato (pliego de condiciones), así como la de adjudicarlo en base a facultades discrecionales que tenía para hacerlo y, en su caso, excluía a las personas que no consideraba idóneas; el censor contaba con dichas facultades por ser un magistrado

romano y porque tenía la fuerza para censurar, dando así sentido a lo que sería el papel del derecho administrativo moderno.

Durante la Edad Media, en casi toda Europa, se empleaba el sistema de subasta a "mata candela" o "vela y pregón" para la construcción de obras; consistía en recibir ofertas para la construcción durante el tiempo en que ardía una vela y se adjudicaba la obra a quién ofrecía hacerlo por el menor precio hasta el momento en que ardía la vela.¹

Existe una diferencia entre la época Romana y la Edad Media en cuanto a la oferta de la subasta; en Roma la adjudicación se otorgaba al oferente que mayor precio ofrecía, lo que se conoce como "puja"², mientras que en la edad media, la construcción de una obra se adjudica al oferente que la realice por el menor precio. Es decir, que en ambas épocas se perseguía obtener el mayor provecho de la participación del individuo para satisfacer las necesidades comunes de una colectividad, pero siempre considerando el rol que juegue la administración ya sea como poseedor del bien o de la necesidad colectiva satisfecha por un particular.

¹ Dromi Roberto. Licitación Pública. Edit. Abeledo Perrot. Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina 1999. pag. 86.

² F. acción y efecto de pujar. Cantidad que un licitador ofrece; pujar, del latín "podium", es el precio puesto a una cosa que se vende o que se arrienda.

1.2 Diferencia entre subasta y licitación pública.

Aunque actualmente el término que es utilizado en la legislación es el de "licitación" y no el de subasta, cabe mencionar que son conceptos parecidos, pero confusos y posiblemente la confusión radica en su origen etimológico y gramatical por lo que se considera necesario citar las definiciones respectivas.

Subasta, procede del latín "sub hasta" que quiere decir bajo la lanza, porque la venta del botín cogido en guerra se anunciaba con una lanza f. venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor y regularmente por mandato y con intervención de un juez u otra autoridad fr. Ofrecerla a quien haga proposiciones mas ventajosas en las condiciones prefijadas.³

Actualmente la figura de la subasta ha tenido mayor desarrollo en el derecho privado, concretamente en la rama del derecho mercantil y civil; en el derecho mercantil normalmente se utiliza para la venta forzada de bienes por la autoridad, para satisfacer una obligación; en el derecho civil el uso del término subasta es mucho más frecuente, en particular, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal concretamente en la sección III denominado "De los remates", por lo que, para el Dr. López Elías, los términos de subasta, remate y almoneda son sinónimos.⁴

Licitación, Deriva de la voz latina *licitatione*, ablativo *licitatio-nis*, venta en subasta pública. Acción de licitar, de ofrecer precio en subasta o almoneda (venta pública de bienes muebles con licitación y puja).

Puede definirse la licitación como un procedimiento administrativo preliminar a una contratación, mediante el cual la Administración basada en

* Con "h" en el diccionario.

³ Diccionario Enciclopédico Espasa, Editorial Espasa - Calpe V. Octava Edición, Madrid. 1978 pag. 873.

⁴ Cf, López Elías, José. Licitación Pública en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1999 pag 65.

un criterio previamente establecido, selecciona entre varias propuestas, referentes a compras, obras y servicios, la que mejor atienda el interés público, o sea al interés de la colectividad, con el fin de estipular a continuación un contrato con la propuesta que resulte más ventajosa.⁵

El carácter de Pública radica en que podrán concurrir, sin límite, el número de oferentes (interesados) que reúnan los requisitos fijados en el pliego de condiciones, caso contrario de la licitación privada que va dirigida a un número determinado de oferentes (interesados); esta última se conoce también como licitación cerrada.

Por otra parte, aunque el término concurso, no éste a debate en esta investigación, quisiera puntualizar, que tampoco es adecuado utilizarlo como sinónimo de licitación, ya que el concurso, es una oposición que se realiza para determinar la capacidad técnica, científica, artística o cultural entre una o dos personas o entre un grupo y otro de persona, por lo que más que elegir la propuesta, se selecciona también las características de la persona. En efecto, hay un concurso entre los oferentes que desean que su propuesta sea elegida, sin embargo la licitación no es un concurso, sino como ya se ha mencionado es un procedimiento y el concurso podría constituir la situación en la que se encuentran los interesados al presentar sus propuestas y tener la expectativa de ser elegidos.

Con tales definiciones, se puede afirmar:

1. Que la licitación nos remite a la subasta al señalar que es el ofrecimiento de precio en venta pública.
2. Debe haber un interventor obligatorio, en el caso de la subasta, es un juez o autoridad y en la licitación de la Administración, concretamente.
3. Se concede a quien haga las proposiciones más ventajosas.
4. Tienen en común la existencia de una concurrencia, y que todos los oferentes persiguen la adjudicación del bien o del contrato.

⁵ Fernández Vázquez, Emilio. Diccionario de Derecho Público Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1981 pag 480.

Mucho se ha hablado de la "venta" tanto en la subasta como en la licitación, sin embargo en la práctica administrativa, en el procedimiento de licitación, no es una venta lo que se realiza, sino un procedimiento administrativo para la obtención de un contrato; es de alguna manera, un procedimiento para realizar una subasta por parte de los oferentes (interesados) para presentar sus propuestas, es decir: están ofreciendo su calidad y precio.

Hay un consenso entre algunos autores como Marienhoff, Escola y Bielsa para atribuir a la licitación pública caracteres de moralidad, conveniencia técnica y económica para el Estado, mismos que la distinguen de la subasta o del concurso, en los cuales el criterio decisivo de adjudicación de los contratos suele radicar en el precio del mejor postor. De aquí que con la licitación sea necesario constatar en los registros de contratistas y proveedores que los oferentes en aquella concurren en condiciones de igualdad, suficiencia técnica y financiera que no solamente garanticen el más bajo precio, sino también, calidad, financiamiento, oportunidad y otras circunstancias pertinentes.⁶

En conclusión, la licitación y la subasta constituyen figuras jurídicas con un significado diferente, pues mientras que en la subasta la administración vende y desea deshacerse de algo, en la licitación requiere bienes o la ejecución de la obra en beneficio de una colectividad, por lo que resulta inadecuado emplearlas como sinónimos.

⁶ Diccionario Jurídico. Thesaurus Jurídico Milenio. Programa de Computo.

1.3 La licitación pública en México y su evolución legislativa.

El artículo 134 de la Constitución, no tiene antecedentes en las constituciones mexicanas anteriores, ya que es una creación del constituyente de 1917, en lo que se refiere a su regulación jurídica; la Constitución de 1824 (Primera Constitución de México) no contenía, disposición alguna que regulara la contratación administrativa; el contenido de los artículos se ocupaba básicamente de la forma de gobierno y división de poderes, es decir tenía un contenido altamente orgánico y poco dogmático. Por otra parte la Constitución de 1857, estaba más concentrada en la declaración de los derechos del hombre en la soberanía y representación, en la división de poderes, entre otros aspectos, que en establecer quién realizaría las adquisiciones, arrendamientos, enajenación de bienes, prestación de servicios y obras públicas del Estado, por lo que en su contenido no establece disposición alguna.

La licitación pública, en efecto fue regulada constitucionalmente hasta 1917; pero cabe agregar que anterior a ésta fecha se realizaban obras pública de manera concesionada, tal es el caso del sistema ferrocarrilero que en 1881, tiempo en que gobernaba Manuel González, bajo el proteccionismo de Porfirio Díaz, varios inversionistas estadounidenses obtuvieron concesiones para construir cinco sistemas ferrocarrileros; estas concesiones se otorgaban con la idea de captar capital extranjero, situación que no se daba a raudales, pues aún se dudaba de la buena conducta del país, ya que al subir Porfirio Díaz al poder, ingresos y egresos del gobierno crecían notablemente y los gastos aumentaban, existía una situación de inestabilidad económica hasta que por medio de préstamos, reducción de sueldos a la burocracia, la doble contribución del timbre entre otros trucos, sanaron las finanzas⁷; evitar favoritismo y adjudicar de manera arbitraria las obras públicas, fue uno de los motivos que la comisión constituyente de 1917 consideró, para determinar que era momento de regular las obras públicas, pero como muestra el ejemplo anterior, no quiere decir que anterior a la

⁷ Historia General de México. Colegio de México varios autores. Tomo I México 1981 pags 938, 941.

Constitución de 1917 no se realizarán, sino que seguramente hubieron otras más sólo que no bajo un régimen jurídico establecido estrictamente para ello.

En el año de 1875, José María del Castillo Velasco, desarrolla la figura de la licitación Pública, señalando lo siguiente:

"...No es obligatorio sino potestativo en la administración ejecutar dichas obras (públicas) y desempeñar tales servicios por si misma ó por medio de los particulares que se comprometen a suplir los cuidados del gobierno mediante una cantidad convenida; más cuando prefieren el medio de los contratos, es la primera máxima en este punto que celebren con publicidad y concurrencia..." "...se verifican tales contratos para toda clase de obras y servicios por cuenta del Estado, mediante la subasta y el remate público y solemne ante la autoridad a quien corresponde..."⁸

Obtenidos los logros revolucionarios, Venustiano Carranza, debía satisfacer las necesidades político sociales del pueblo mexicano, por lo que presenta su proyecto de Constitución al Congreso Constituyente, proyecto que no contenía disposición alguna que hiciera referencia a la contratación de la obra pública, sino que fue la Comisión de la Constitución quién lo propuso.

"...Durante el Congreso Constituyente, sesión del 20 de diciembre de 1916, se presentó un proyecto de los Diputados Bojorquez, Alvarez, Pintado Sánchez y otros, para adicionar el artículo 73 de la constitución, en lo relativo a las facultades del Congreso, en los términos siguientes:

XXXII.- Para declarar nulo todo acto, contrato, privilegio o concesión verificados para los gobiernos posteriores al del Señor Sebastián Lerdo de Tejada, que sea contrario a los preceptos de la Constitución y en cualquier tema perjudicial a los intereses de la patria..."⁹

⁸ López Ellas, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 1999 pag.33.

⁹ Serra Rojas. Derecho Administrativo. Décima Edición, Editorial Porrúa México 1959 pag. 663.

El 25 de enero de 1917 en la 61ª sesión del Congreso Constituyente, la Comisión consideró conveniente agregar un artículo que tuviera por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, al servicio de la nación, todas las utilidades posibles, evitando los fraudes y favoritismos. Esta iniciativa posteriormente fue aprobada asignándole, en un principio el numeral 131 y posteriormente el 134 de la nueva Carta Fundamental¹⁰.

El artículo 134 no cobró positividad de inmediato, ya que después de más de 60 años se puede analizar que se encontraba adelantado a su época, pues no se realizó una ley que lo reglamentara; así que las obras públicas fueron regidas por algunas disposiciones legales y acuerdos administrativos, que contemplaban los programas de inversión del sector público. Esto trajo como resultado que no existiera una secuencia y unificación relativa a las Obras Públicas y a la Adquisición de Bienes y Servicios.

Algunas de las leyes que trataron de reglamentar el artículo 134, sin que se les haya formalmente asignado regulaban conjunta o separadamente, según la Ley, a las Adquisiciones de Bienes y Servicios y las Obras Públicas y son, de manera cronológica, las siguientes:

OBRA PÚBLICA¹¹

1. Ley de Secretarías de Estado, del 25 de diciembre de 1917, en este ordenamiento se contemplaba la obras materiales de las secretarías, departamentos y en general las del gobierno federal, otorgaba facultad a la Secretaría de Comunicaciones para ejecutarlas.
2. Ley Orgánica del Departamento de Contraloría de la Federación, del 1º de marzo de 1926, esta ley otorgaba la facultad a la Contraloría para vigilar los contratos que el gobierno celebraba.

¹⁰ Canals Arenas, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública. Editorial Trillas México 1991. Pag 68.

¹¹ Dromi, Roberto. Licitación Pública. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1999, "...La Obra Pública, es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano; es decir que no es resultado de la naturaleza. Es una construcción o instalación requerida por la Administración para el cumplimiento de sus fines..." pag. 559.

3. **Ley de Secretarías y Departamentos el Estado**, del 31 de diciembre de 1935, ésta ley crea la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas.

4. **Ley de Servicio de Inspección Fiscal**, expedida por el presidente Lázaro Cárdenas, publicada el 13 de abril de 1936, en el Diario Oficial de la Federación. Esta ley tenía como objetivo vigilar la correcta gestión y manejo de los intereses fiscales del gobierno federal y otorgaba facultad a la Secretaría de Hacienda para la intervención y vigilancia de los contratos de obras de construcción, instalación y reparación del Gobierno Federal.

5. **Ley General de Bienes Nacionales**, del 3 de julio de 1942, ésta ley señalaba que sólo mediante subasta pública se podría realizar, la enajenación de bienes inmuebles de la Federación en los casos fijados por la ley.

6. **Ley de Inspección de Contrato y Obras Públicas**, (LICOP) publicada el 4 de enero de 1966; ésta ley optó por aplicar la figura de la subasta como medio de adjudicación de la obra pública y regulaba entre otras cosas lo siguiente:

- a) Define obras públicas en función del tipo de obras y de los sujetos que las realizan.
- b) Establece la modalidad de subasta cerrada, esto es, que únicamente podrán participar las personas inscritas en el padrón de contratistas del gobierno.
- c) Crea la Comisión Técnico Consultiva de Contratos y Obras Públicas.
- d) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de la Presidencia y la Secretaría de Obras Públicas tenía intervención en los contratos de obras públicas.
- e) Las Secretarías de Obras Públicas y de Patrimonio Nacional, tenían el encargo de dictar las bases y normas generales y el criterio para la integración de los precios unitarios a que se sujetaban la contratación y ejecución de obras, como adjudicación de los contratos.

Es cierto, no se pueden generalizar las bases, pues no son uniformes, para todos los tipos de contratos - como lo señala el inciso "e)" de esta regulación - porque aunque tienen un mínimo de requisitos, como lo señala el artículo 33 de la actual **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, deben de tomarse en cuenta los

criterios de las entidades y dependencias que, como objetivo, tratan de satisfacer las necesidades sociales.

Estos criterios para establecer las normas y bases del proceso licitatorio, que poseen entidades y dependencias, se traduce en facultades discrecionales¹², dándose principalmente en la etapa de adjudicación del procedimiento licitatorio; resultando en ocasiones poco benéficas – en cuestión de transparencia y legalidad del procedimiento licitatorio - pues la discrecionalidad no es una manifestación pura de la libertad, sino que va vinculada al orden jurídico.

Actualmente las bases de las convocatorias son expedidas por las entidades y dependencias en las que se establecerán los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, a fin de evitar favorecer a alguno de ellos.

7. Ley de Obras Públicas, publicada el 1 de enero de 1981, en el Diario Oficial de la Federación, derogando a la Ley de Inspección de Contrato y Obras Públicas, pues con el nuevo presupuesto organizado por programas, que se dio con el entonces presidente José López Portillo, permitió la intervención del gobierno en la economía como figura principal; es por ello que la LICOP ya no estaba acorde con las políticas del gasto ni con la reestructuración del sector público federal, surgiendo así la Ley de Obras Públicas como la primera Ley que prevé la planeación de obra pública.

La aportación más importante de esta ley, fue sin duda, el objetivo que tenía de regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública que justifiquen su realización y consideren su impacto y beneficio.

¹² Acosta Romero, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo Parte General. Editorial Porrúa. México 1996. Pag 510. "...Las facultades Discrecionales, consisten en las facultad que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención y si deciden actuar , qué limite le darán a su actuación y cuál será el contenido de la misma; es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad la técnica, la equidad o razones determinadas que pueden apreciarse circunstancialmente en cada caso todo ello, con los límites consignados en la ley..."

Adoptó el concepto de licitación como procedimiento indistinto de selección de contratistas o proveedores para la adjudicación y otorgamiento de los contratos que se relacionan con la obra pública, las adquisiciones o suministro de bienes muebles o la prestación de servicios relacionados con estos últimos.

Esta ley se declaró de orden público para que la administración pudiera actuar cuando ello fuere necesario y en beneficio de la economía nacional, fue además de carácter federal, existiendo también obras públicas locales.

8. **Ley de Adquisiciones y Obras Públicas**, publicada el 30 de diciembre de 1993, en el Diario Oficial de la Federación. Esta Ley aboga la Ley de Obras Públicas de 1980 con todo y sus reformas; así como la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicada el 8 de febrero de 1985, pues esta nueva ley contenía lo relativo tanto a Adquisiciones como a Obras Públicas, es decir hubo una unificación de las dos materias; la mencionada Ley no resultó del todo satisfactoria pues tenía errores de sistematización así como de contenido, comentario que explica y detalla más a fondo el Doctor López Elías.¹³

9. **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas**, publicada el 4 de enero del 2000, en el Diario Oficial de la Federación, esta Ley deroga la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en lo relativo a las disposiciones en materia de Obra Pública, por lo que vuelve a separarse la regulación de la Adquisición y Obra Pública en diferentes ordenamientos ya que en lo que se refiere a Adquisiciones, se establece la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Estas han sido las principales leyes que han tratado de dar una regulación adecuada y eficaz en materia de obras públicas, pero cabe mencionar que también ha habido decretos, reglamentos e instructivos que complementan la regulación de dicha materia.

Al haber terminado con ésta breve cronología relativa a la regulación de Licitación Pública en materia de Obra Pública, como leyes reglamentarias, del artículo 134

¹³ Cfr. López Elías, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 1999.

Constitucional, se considera que el comentario de Jorge Ricardo Canals Arenas es acertado, al decir que la Obra Pública al ser uno de los contratos más sobresalientes atendiendo a la finalidad y objetivo ¿cómo es posible que desde 1917, hasta la iniciativa de la Ley de Obras Públicas de 1980, no existió ninguna ley que se preocupara por la planeación de la Obra Pública y que fuera eficaz reguladora del artículo 134 constitucional?

ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS

- 1.- Ley de Inspección de Adquisición, publicada el 23 de diciembre de 1965, esta ley optó por la figura del concurso público, si se trataba de las adquisiciones de mercancías, bienes muebles y materias primas.
2. Ley de Inspección de Adquisición, publicada el 6 de mayo de 1972, esta Ley no contemplaba al concurso Público como un principio rector, sino como una modalidad, pues el artículo 8 de la referida ley ordenaba:

"... Cuando la Secretaría del Patrimonio Nacional considere que las negociaciones efectuadas por las instituciones son insuficientes para establecer precios y calidades, los pedidos o contratos que se realicen se considerarán plenamente autorizados si se ajustan a los siguientes procedimientos:

- I. Compras consolidadas en las que intervengan dos o más entidades.
- II. Contratos de suministro por periodos fijos,
- III. CONCURSOS, y
- IV. Pedidos negociados para investigación de fuentes de suministro y selección de proveedores..."¹⁴

¹⁴ Cfr. Gallardo de la Peña, Francisco "Tesis: Licitación Pública como principio de protección Constitucional en los procedimientos de contratación de la Administración Pública", México 2000.

3. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, publicada el 31 de diciembre de 1979. En ésta ley como en la anterior, no se encontraba definido el medio concursal, sino que coexistía como facultad discrecional de la dependencia o entidad.

4. La Ley de Adquisiciones Arrendamientos, y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, publicada el 1 de enero de 1985, adoptó la figura de licitación como procedimiento de selección de contratistas.

5. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, publicada el 30 de diciembre de 1993, como ya se había hecho mención anteriormente, esta ley unifica a las Adquisiciones y Obras Públicas derogando a las legislaciones anteriores que lo hacían por separado.

Cabe agregar que esta unificación tiene su fundamento en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pues después de haber realizado un análisis por parte de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial ahora Secretaría de Economía, así como de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y demás Instituciones que estaban revisando el TLCAN, se consideró que las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras pública, debería unificarse en un solo elemento normativo y es entonces que surge la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; sin embargo en 1994 cuando empezó a operar la mencionada Ley, el personal operativo de dependencias y entidades que realizaban las adquisiciones y obras públicas, comenzaron a tener dificultades en la aplicación de los artículos o bien los aplicaban por analogía, para una u otra materia cayendo en irregularidades. Es así que en el 2000 – o sea hasta el siguiente sexenio – de nueva cuenta se separan las materias en dos leyes diferentes, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y son las que actualmente regulan las adquisiciones y las obras públicas.

6. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada el 4 de enero del 2000; vuelven a separarse los ordenamientos por materias: Adquisiciones y Obras Públicas, estableciendo una reglamentación específica para cada una de ellas.

Sin duda, existe una evolución inconsistente del desarrollo legislativo en el proceso licitatorio; sin embargo, a pesar de la dispersión y sobrerregulación normativa, legislativa y reglamentaria, sea cual sea la Adquisición, Contratación de Bienes, Servicios u Obras Públicas, el procedimiento concursal administrativo (licitación), ha resultado el más idóneo para la celebración del Contrato Administrativo, que constituye el fin del proceso licitatorio, en el que se solicita la participación de los particulares y aún de otros entes públicos, para hacer más eficiente la acción del Estado en la función administrativa.

1.4 Concepto de licitación pública.

Para el argentino, Roberto Dromi Casas, "...la licitación Pública es, el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara y aceptará la más conveniente..."¹⁵

ELEMENTOS:

1. Procedimiento Administrativo preparatorio de la voluntad contractual.
2. Invitación de un ente público a los interesados.
3. Sujeción a un Pliego de Condiciones.
4. Formulación de propuestas, la más conveniente será electa.

Es adecuado señalar que se trata de un procedimiento administrativo, para que se conozca qué campo del derecho se está abordando, pues existen procedimientos civiles, penales, laborales etc, así el autor Andrés Serra Rojas en su Derecho Administrativo afirma: "... el procedimiento administrativo esta constituido por un conjunto de trámites y formalidades -ordenados y metodizados, en las leyes administrativas- que determinan los requisitos previos que preceden el acto administrativo, como su antecedente y fundamento, los cuales son necesarios para su perfeccionamiento y condicionan su validez y la realización de un fin..."¹⁶

La voluntad contractual es una figura de gran importancia, pues es el punto que marca la diferencia con el acto administrativo, que es esencialmente unilateral, y Roberto Dromi la incluye en su definición.

¹⁵ Cfr. Dromi Roberto. Licitación Pública. Edit. Abeledo Perrot. Segunda Edición Buenos Aires, Argentina 1999 pag 76 y 77.

¹⁶ Cfr. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa Décima Edición México 1959 pag. 287.

El procedimiento licitatorio, se cree, inicia de manera unilateral ya que la administración es quien impone las condiciones a las que deben de sujetarse los licitadores (interesados); pero al concurrir a la invitación que hace el ente público, hay una voluntad tácita¹⁷ por parte de los licitadores (interesados) y como resultado, una voluntad coincidente entre la administración y el licitador (interesado); en efecto, hay una voluntad por parte de la administración y la manifiesta al convocar. El licitador (interesado) manifiesta su voluntad al concurrir y sujetarse al pliego de condiciones. Sin embargo, el autor se refiere a la voluntad como vínculo contractual para la perfección del contrato, es decir, para poder llegar a ese perfeccionamiento, se debe realizar de manera anticipada el procedimiento por medio del cuál, cumpliendo con las etapas y condiciones se elegirá al mejor oferente (interesado) y la administración manifestando su voluntad proseguirá a adjudicar el contrato.

Para el Uruguayo Enrique Sayagues Laso, La licitación Pública, "...es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto llamadas "pliego de condiciones" formulen propuestas dentro de las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación que perfecciona el contrato; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad perseguida, en

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal artículo 1803, "...El consentimiento puede ser expreso tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El escrito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente..."

Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Edit. Porrúa Pag. 180 "...El consentimiento tácito, o sea la manifestación indirecta de la voluntad, se da cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecuten hechos que demuestran que se ha celebrado, porque esos hechos, que pueden ser también palabras, no tienen otra explicación, los mismos se consideran como voluntad tácita indirecta..."

El licitador al concurrir, realiza una serie de actos, por lo que se infiere la existencia de su voluntad negocial.

La actuación de la voluntad humana en el derecho ha jugado frecuentemente entre la dicotomía-y, más que ello, polaridad- existente entre su determinación libre y autónoma y las limitaciones que, desde la buena fe y la ausencia de dolo, hasta el bienestar público y la seguridad del Estado, le imponen las nuevas condiciones.

La intervención estatal en el ámbito de la contratación privada y la reducción drástica del campo operativo de la voluntad individual suscitan, en efecto, serias y profundas cuestiones que preocupan visiblemente al jurista de este tiempo, pues se traduce en una libertad de acción limitada.

los principios de igualdad de los licitadores (interesados) y el cumplimiento estricto del pliego de condiciones...¹⁸

ELEMENTOS:

1. Procedimiento legal y técnico de invitación.
2. Los interesados formulan propuestas, con base en el pliego de condiciones.
3. Se elige la más ventajosa.
4. Adjudicación, perfeccionamiento del contrato.
5. Finalidad del procedimiento: igualdad de los licitadores (interesados) y cumplimiento del pliego de condiciones

Sayagues Laso, hace un señalamiento importante, habla de la legalidad y tecnicismo del procedimiento, esto se traduce en que todas las etapas que comprenden el proceso licitatorio (Convocatoria, bases o pliego de condiciones, oferta, adjudicación y contrato), están regidas por el principio de legalidad, principio que en la legislación es una garantía constitucional, dando como resultado que, aunque la entidades y dependencias cuenten con las facultades para dictar todas las disposiciones relativas al procedimiento, no pueden incluir cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas, sino que supone la sumisión de la actuación de la Administración pública a las normas previamente establecidas por las leyes.

Este principio de legalidad perteneciente a la esfera del derecho público, se contraponen a la libertad de acción del individuo (autonomía de la voluntad), que se encuentra en la esfera del derecho privado. Sin embargo al ser la licitación el objeto de estudio, y al encontrarse dentro de la esfera del derecho Público, al igual que las partes que intervienen en él, cabe el comentario que hace el maestro Manuel, Bejarano Sánchez, al respecto "... la acción de las personas y organismos del Derecho Público

¹⁸ Cfr. Fernández Vázquez, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1981, pag 480.

sólo es posible dentro de la órbita de atribuciones o actividades expresamente autorizadas por la ley...¹⁹

En cuanto al procedimiento técnico del punto "1.", hace referencia al procedimiento mismo, las reglas y formas en las que debe realizarse el conjunto de actos cumplidos para lograr su propósito.

Para Juan Carlos Cassagne, "...es un procedimiento por el cual, mediante una convocatoria o llamado a los eventuales interesados, para que formulen sus propuestas con arreglo a un pliego de condiciones, la administración podrá elegir la que resulte más conveniente..."²⁰

ELEMENTOS:

1. Procedimiento.
2. Convoa a los eventuales interesados.
3. Con arreglo a un pliego de condiciones.
4. La administración elige la más conveniente.

La definición de este autor es incompleta y ambigua, al mencionar únicamente "procedimiento", procedimiento ¿para qué?, ¿de que tipo?, pues alguna definición de procedimiento señala: es la aglomeración o reunión de reglas y preceptos a que debe acomodarse el curso y ejercicio de una acción...,²¹ definición que tampoco ayuda mucho a delimitar de qué se está hablando.

Para el francés André de Laubadere, "...La Licitación Pública, es un procedimiento típicamente administrativo, que consiste en una serie de actos ligados entre sí, como antecedentes y consecuentes, y uno de sus objetivos es restringir la discrecionalidad de

¹⁹ Cfr. Bejarano Sánchez. Obligaciones Civiles Edit. Oxford. Cuarta Edición. México 1980 pag 53.

²⁰ Carlos Cassagne. El Contrato Administrativo Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires, Argentina 1999, pag. 46.

²¹ Diccionario Jurídico, Thesaurus Jurídico, Programa de Computo.

la autoridad que contrata. La licitación es un instituto cuyas normas moralizadoras se imponen en la administración...”²²

ELEMENTOS:

1. Procedimiento típico administrativo.
2. Objeto. Restringir la discrecionalidad de la autoridad que contrató.
3. Considera la Licitación como instituto.

En esta definición llama la atención que el autor señale que la Licitación es un “instituto”, pues si se entiende la palabra instituto como: regla que prescribe cierta forma y método de vida o de enseñanza; podría suponer que la licitación (no como un lugar sino como un procedimiento) enseña un método, ajustándonos a las definiciones anteriormente comentadas, éste método sería la forma en que se realiza el procedimiento licitatorio, sin embargo, no queda claro a que se refiere con “instituto”, por lo que cito la acepción de Institución y así verificar si el autor se refiere al “instituto” como sinónimo de Institución aunque éstos realmente no lo sean.

Institución. Latin institutio (del verbo instituere).

Conjunto de reglas creadas por el legislador o los particulares para la satisfacción de intereses colectivos o privados. La institución puede presentarse bajo la forma de una persona moral de derecho público (ej.: Estado, Parlamento), o de derecho privado (ej.: asociación), o de una agrupación sin personalidad, o de una fundación, o de un régimen legal como la tutela, la prescripción, la quiebra o la expropiación por causa de utilidad pública.²³

Lo anterior, entendiendo al procedimiento licitatorio como el conjunto de reglas creadas por el legislador, se podría pensar que si se refiere a “Institución”, aunque por otro lado la definición citada deja abierta la posibilidad de que la Institución se presente

²² Cfr. Emilio Fernández Vázquez, Diccionario de Derecho Público Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1981 pag. 481.

²³ Diccionario Jurídico, Thesaurus Jurídico, Programa de Computo.

como una persona moral de derecho público o privado, situación que no encuadra con la Licitación Pública: finalmente podríamos concluir que se refiere a “Instituto” como sinónimo de “Institución”, entendido como el conjunto de reglas creadas por el legislador.

Después de haber realizado el análisis de cada una de las definiciones citadas, se ha considerado, que la más adecuada o por lo menos la más completa, es la del autor Roberto Dromi Casas, pues delimita la materia, establece quién convoca, el objeto de la convocatoria, a quien va dirigida, perfila un principio de legalidad con el pliego de condiciones y otras aportaciones sumamente importantes; no es de menor importancia el elemento que agrega el autor Sayagues Laso al apuntar que, “...mediante la adjudicación se da el perfeccionamiento del contrato...” pues es un punto de gran importancia en el procedimiento licitatorio.

1.5 Principios jurídicos y sustanciales de la licitación pública.

Al iniciar el presente capítulo, se hizo referencia a los principios que dan esencia y existencia a la licitación pública, en ésta parte profundizaré acerca de estos principios, clasificándolos en jurídicos y sustanciales.

PRINCIPIOS JURÍDICOS.

1. Principio de Publicidad. Para que la Licitación Pública pueda llevarse a cabo, es necesario como premisa, que concurra un número indeterminado de interesados, es decir, los futuros oferentes, por medio de la "publicidad" de la Licitación Pública a través de los medios idóneos de comunicación (periódico, Diario Oficial de la Federación, internet, radio, etc), para la adecuada difusión de la Licitación Pública a la que se está convocando, así los interesados sabrán de antemano cuándo y cuales serán las condiciones.

El principio de publicidad presupone una característica de la garantía de audiencia del gobernado, prevista en el artículo 14 Constitucional:

"...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."²⁴

El principio de publicidad, presupone facilitar el control y respeto de las reglas por parte de la administración; la publicidad como principio rector tiene fundamento en el artículo 134 del texto Constitucional párrafo segundo que a la letra dice:

"...Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de

²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cuarta Edición.

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...²⁵

Por lo que se refiere a leyes reglamentarias, su fundamento se encuentra en el artículo 30 y 32 de las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en adelante LAASSP y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en adelante LOPSRM respectivamente.

Finalmente el Dr. López Elías menciona: "...la publicidad tiene por objeto hacer un llamado a la licitación, no constituye en sí misma una oferta de contrato por parte del Estado o ente público licitante, sino un llamado para que formulen propuestas los licitadores..."²⁶

Aunque el Dr. López Elías mencione que la publicidad no constituye en sí misma una oferta de contrato, el interesado en participar en el proceso licitatorio, es motivado por obtener dicho contrato; sino qué objeto tendría presentar su oferta, porque aunque la participación no constituya la adjudicación del mismo, existe la posibilidad de obtenerlo.

2. Principio de Concurrencia. También se conoce como "no discriminación", que se entiende *a contrario sensu*, como el asesoramiento por el Estado, quien favorece a determinadas comunidades, así convertidas en privilegiadas, con más ventajas en todos los órdenes sociales e incluso legales, en detrimento de otras, que se ven mantenidas en un plano de inferioridad y marginación²⁷; así el principio de concurrencia es la base donde parte la expectativa de competencia y oposición del interesado (licitadores) a obtener el contrato.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Cfr. López Elías, José. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 1999 pag 81.

²⁷ Diccionario Jurídico. Thesaurus Jurídico Milenio. Programa de Computo.

Este principio implica al mismo tiempo una restricción para la administración o ente público (que realiza una actividad administrativa) al impedir el acceso al procedimiento licitatorio, estableciendo cláusulas limitativas a las bases o pliego de condiciones, pues la misma administración restringiría la posibilidad de obtener una mayor participación, al mismo tiempo que reduciría la diversidad de ofertas en cuanto a precio y calidad atentando contra el interés público que, por su parte, también exige un control estableciendo limitaciones a través de la norma jurídica²⁸, ese control es aplicado en la capacidad (ser sujeto de derechos y obligaciones), genérica del interesado (licitador); la ley a su vez señala quienes son incapaces; pudiendo ser a modo de ejemplo, los que realizan una función pública, los condenados penalmente, los inhabilitados, los que no tienen honorabilidad civil, etc.

De manera particular la administración puede exigir en las bases o pliego de condiciones una capacidad técnica y económico financiera, situación que tiene su fundamento pues el Estado debe asegurar de manera anticipada, lo más posible, el ofrecimiento de la oferta por parte del interesado (licitador); estas condiciones traerán como resultado exclusiones por parte de la administración que deberán estar debidamente fundadas y motivadas (de acuerdo con los artículos 14 y 16 constitucionales), ya que esto no deberá dar lugar a una selección tendenciosa y de mala fe.

3. Principio de Igualdad. Es un principio esencial y garantía constitucional ya que rige todas las fases del procedimiento, desde la formulación del pliego de condiciones hasta la adjudicación; este principio de igualdad se traduce en que los oferentes (cuando ya tienen esa calidad), se encuentran en competencia real, en el mismo plano de condiciones pues en caso de que existiera favoritismo por un oferente en perjuicio de

²⁸ Hans Kelsen Teoría General del Derecho y del Estado, traducción Eduardo García Maynez. Ciudad Universitaria. Dirección General de Publicaciones. Segunda Edición 1958. Pag. 52 "...las normas jurídicas tienen significado prescriptivo, no descriptivo. Este carácter prescriptivo se expresa normalmente con la palabra "deber"...". En contraposición con la tesis de Austin dice Kelsen que: "...La afirmación de que un individuo debe comportarse de cierta manera no implica ni que otro quiera o mande tal cosa, ni que el que debe comportarse en cierta forma realmente lo haga. La norma es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente la de que un individuo debe conducirse de cierto modo..."

otros o no fueran respetadas las cláusulas de la misma manera por todos, quebrantaría el principio de igualdad.

El principio de igualdad tiene una doble finalidad, pues por un lado pretende garantizar la igualdad entre oferentes (interesados) que como administrados protegen sus derechos e intereses y por el otro deberán constituir una garantía para la administración pública; cabe mencionar que éste principio al igual que el de concurrencia no es absoluto, esta situación es permitida por la ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en su artículo 33 y 35 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, respectivamente:

“...Las dependencias y entidades, siempre que ello no tenga por objeto limitar el número de licitantes, podrán modificar los plazos u otros aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de licitación, a partir de la fecha en que sea publicada la convocatoria...”

La ley lo permite así, porque hay ocasiones en que se elevan los precios por razones de elevación de costos, estas modificaciones deben de estar justificadas; en este tipo de situación no se quebranta el principio de igualdad, ya que será aplicado a todos los interesados y publicado con la suficiente anticipación; para poder determinar si el acto administrativo está violando o no el principio de igualdad deben de ponderarse las circunstancias particulares que lo motivaron y le dieron origen.

Particularmente, la ley regula la modalidad de Licitación Pública Internacional, por lo que debe asegurar un trato igualitario²⁹ entre extranjeros y nacionales, así el artículo 28 inciso “d)” segundo párrafo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público a la letra dice:

“...En este tipo de Licitaciones la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial*, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación

²⁹ Artículo 4 Constitucional.

* Actualmente es la Secretaría de Economía.

determinará los casos en que los participantes deban de manifestar ante la convocante que los precios que se 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...”

4.- Principio de Transparencia. Las actividades de los órganos de la administración deben de estar apegados a la ley y al principio de transparencia que permite verificar el uso adecuado de los fondos públicos que eroga la administración en la contratación administrativa y que se funda en las exigencias morales objetivas del funcionamiento del Estado.

Es a través del principio de transparencia que la Constitución exige, en el artículo 134, lo siguiente:

“...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...”

La licitación Pública es un procedimiento, que hace viable el manejo de los fondos públicos y también del actuar privado en lo que se refiere a los que participan en condiciones de igualdad y competencia.

PRINCIPIOS SUSTANCIALES.

1. Principio de Legalidad. Este principio constituye la columna vertebral del procedimiento licitatorio, ya que, como se ha mencionado en ocasiones anteriores, el procedimiento licitatorio está apegado a la ley en su totalidad, pues desde la razón de existencia - fundado en el artículo 134, constitucional, establecido como una obligación de la administración pública (ente público) - hasta la forma que incluye reglas y condiciones para la realización del procedimiento administrativo - que está fundado reglamentariamente en las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del

Sector Público y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas - significa que toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas.

2. Principio de Defensa. Este principio se refiere a la posibilidad del oferente de impugnar la voluntad de la administración a través de los medios de defensa que la misma ley le otorga; en el campo del derecho administrativo, se encuentra la figura de los recursos administrativos como medio del particular (interesado) frente a la administración pública (ente público).

El recurso administrativo constituye un mecanismo de autocontrol de la administración pública con el propósito de conducir su actuar dentro de los cauces de legalidad; para el caso concreto de la licitación pública los recursos administrativos son:

- a) Inconformidad.
- b) Recurso de Revisión.

En forma adicional, la Ley prevé el procedimiento de conciliación en el que se le otorga la posibilidad al interesado (proveedor o contratista) de presentar quejas con motivo de incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades.

Estos medios de defensa serán explicados a detalle más adelante.

3. Moralidad Administrativa. La moralidad administrativa constituye un principio básico del actuar de la administración; en algunas ocasiones se ha considerado que no es un principio de la administración pública, por ser un concepto muy cambiable y subjetivo.

Este principio de moralidad administrativa se encuentra íntimamente ligado con la corrupción³⁰ ya que el primero intenta ser limitativo del segundo, pero no constituye la respuesta integral a éste tipo de problema, como se demuestra en la práctica diaria del país.

³⁰ Ver Glosario.

1.6 Finalidad de la licitación pública.

Para poder señalar cual es el objeto del procedimiento licitatorio, realizaremos el siguiente argumento:

La administración Pública tiene la obligación de hacer licitaciones públicas cuando se trate de adquirir, arrendar, enajenar y comprar todo tipo de muebles y prestar servicios.

1.- ¿Por qué a través de licitación Pública?

Porque es un procedimiento administrativo que por sus principios jurídicos y sustanciales asegura el uso adecuado de los recursos económicos del Estado, para la realización futura de un contrato, la naturaleza de este contrato dependerá de la necesidad que se desee cubrir.

2.- ¿Cómo puede asegurar el uso adecuado de los recursos el procedimiento licitatorio?

Porque el procedimiento licitatorio parte de un principio de publicidad, es decir hace un llamado al sector de los administrados para que concurren a presentar sus ofertas de entre las cuales, la administración pública, en uso de sus facultades discrecionales, elegirá la mejor.

3.- Por lo tanto, el objetivo del procedimiento licitatorio es, seleccionar al contratante de la administración pública, que una vez evaluado (por todas las condiciones exigidas en el pliego de condiciones), se podrá determinar la idoneidad del oferente elegido, verificando que ofrezca las mejores condiciones para el órgano convocante.

Es necesario hacer mención que no debe confundirse el objeto de la licitación pública, pues pudiera pensarse que el objeto no es la elección del oferente sino un presupuesto del contrato y que el objeto es la realización del contrato y esto no es así, sino que ambos pueden constituir el objeto, es decir que la licitación pública al ser una serie de actos ínter ligados tendientes a realizar un resultado jurídico, puede decirse que tiene un doble objeto: elegir al contratante y establecer un contrato.

CAPITULO II FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

2.1 Base constitucional y legal.

La facultad del Gobierno Federal para disponer y administrar los recursos económicos del Estado, se fundamenta o apoya en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para comprender porque la Ley Fundamental, otorga facultades para administrar los recursos económicos al Gobierno Federal, es de primer orden la ubicación del concepto "Constitución." Al respecto, el Dr. Burgoa Orihuela, señala: "...La Constitución, es el ordenamiento principal fundamental y Supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan las organizaciones y teleología estatales, y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados..."³¹

Pérez de León señala que la Constitución es un conjunto de normas que expresan directa e indirectamente las aspiraciones y tendencias del pueblo, original titular de la soberanía, debe tener una característica que la coloque por sí, ante sí, frente a los hombres y frente a los gobernantes, en un plano de superioridad. La Constitución, es la Ley Suprema del País, y como tal garantiza su seguridad a la respetabilidad que es debida.³²

³¹ Cfr. Burgoa Orihuela, Derecho Constitucional Mexicano Edit. Porrúa. Sexta Edición México 1985. Pag. 327.

³² Pérez de León. Notas de Derecho Constitucional y Administrativo. Edit. Porrúa. Décima Edición. México 1989 pag.32.

Ambas definiciones hacen referencia a las normas tendientes a la organización del Estado; en sentido formal, se refiere al documento que contienen las reglas relativas a ésta organización, es decir, la organización del Estado,³³ y en sentido material se refiere a la organización política, competencia de los poderes y status³⁴ de las personas. Previamente a esta competencia, hay una división de poderes establecida por la Constitución en el artículo 49, "...El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial..."

La función del poder ejecutivo, es de carácter administrativo y la ciencia del derecho tiene una rama que se encarga de su estudio, que es el Derecho Administrativo y se define, como el conjunto de normas de derecho público que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la administración pública, o poder ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con los particulares.³⁵

Las relaciones de la administración pública se consideran de naturaleza administrativa, ya sea porque intervine un órgano de la misma administración pública o bien porque a través de esas relaciones se realiza una actividad administrativa (servicios públicos, sociales, económicos, etc.), que consiste en cometidos o servicios esenciales o no esenciales, los cuales son cambiantes y expansivos por lo que resulta difícil tratar de limitarlos.

La administración pública persigue siempre el interés público desarrollando toda la actividad estatal, que no realizan el poder judicial y legislativo, a través de los órganos del Estado, que como conjunto de elementos materiales y personales, con una estructura jurídica y competencia, realizan una actividad determinada del Estado.

³³ Cfr. García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. "...El Estado es la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en un determinado territorio..." Edit. Porrúa Vigésimo Sexta Edición México 1985 pag 107.

³⁴ Ver Glosario.

³⁵ Cfr. Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo Parte General. Edit. Porrúa México, 1966. pag. 12.

La administración pública puede clasificarse de la siguiente manera:

1. {
 - activa. Su función depende del poder ejecutivo y su competencia del orden jurídico [Y]
 - contenciosa. Supone la existencia de tribunales administrativos que dirimen controversias entre el Estado y los particulares.

2. {
 - directa. Se ejerce a través de los órganos concentrados del poder ejecutivo [e]
 - indirecta. Se realiza a través de los órganos descentralizados o empresas de participación estatal.

3. {
 - Federal
 - Estatal
 - Municipal

4. {
 - Centralizada
 - Desconcentrada
 - Descentralizada
 - Empresas estatales
 - Fideicomisos públicos

Para que la administración pública pueda realizar con eficacia su función debe coordinar los órganos que la integran, que son:

- a) Unidades Administrativas de la Presidencia de la República
- b) Secretarías de Estado
- c) Procuraduría General de la República
- d) Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal
- e) El Sector Paraestatal

En la centralizada los órganos se acomodan de manera jerárquica y dependiente, y constituyen la forma en que se organiza la administración pública centralizada,

encaminada a la obtención de los fines del Estado que deben ser mediatos, tendientes a la persecución del beneficio general, bien común o el interés público.

Ahora bien, en cuanto a la licitación pública, es una figura regulada por las normas del derecho administrativo; razón por la que tiene la naturaleza jurídica de un procedimiento administrativo que encuadra perfectamente en la administración pública, cada una de sus etapas, va encaminada a obtener las mejores condiciones, tanto técnicas como económicas del oferente, que las realice y las sostenga, satisfaciendo así las necesidades que la colectividad frente al Estado exige sean satisfechas.

La Licitación Pública tiene como principal propósito otorgar las mejores condiciones a la administración pública, y ésta a su vez persigue el bienestar del interés público, que se lleva a cabo mediante la actividad que realizan los órganos que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo y al atender ese interés público, atiende directamente a uno de los elementos del Estado, la población, que cuenta con derechos cuyo ejercicio va dirigido a la obtención de servicios por parte del Estado y en beneficio de los intereses individuales y colectivos.

El aseguramiento de las mejores condiciones para el Estado, obtenidas al servicio de la nación, busca las mejores utilidades posibles para evitar fraudes y favoritismos; estos objetivos constituyen el fundamento para que constitucionalmente exista un artículo tendiente a regularlos, así lo consideró la Comisión de la Constitución de 1917, cuya iniciativa fue discutida en la 61ª sesión del Congreso Constituyente y que posteriormente sería aprobado asignándole el numeral 134, el cual sería reformado por decreto del 27 de diciembre de 1982, ante la necesidad de ajustarlo a la anterior Ley de Obras Públicas (en lugar de ser al contrario), y en parte para ampliarlo a toda la contratación de la administración pública Federal y del Distrito Federal; introduciendo además, la nueva terminología de "servidores públicos" dentro del concepto renovación moral de la sociedad.

Alchourrón y Bulygin, afirmaron que no existe ejemplo más interesante en materia constitucional, que el americano, donde cada nuevo Presidente, introduce sendas

reformas a la Carta Magna, con la finalidad de ejercer el poder a discreción y de trascender a su mandato. El caso mexicano es una muestra fiel de lo anterior. Desde su expedición en 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido de acuerdo al Diario Oficial de la Federación 105 reformas, pero si se estima de acuerdo a las modificaciones hechas a cada artículo se elevan a 384, según Hector Fix Zamudio,³⁶ lo que equivaldría al dictado de una nueva Constitución.

Las reformas constitucionales, no necesariamente van motivadas por una norma social, ese contenido que legitima a la norma jurídica. Las reformas constitucionales, en muchas ocasiones, son resultado de la imponente voluntad presidencial. El Congreso de la Unión, hasta hace algunos años, poblado por representantes del partido en el poder, hoy se encuentra con el fenómeno del pluralismo político, en el cual, la aprobación de reformas, no se da con base en el consenso de las fuerzas, orientado por un espíritu constitucionalista, sino como resultado de concesiones y prebendas de naturaleza política.

El Presidencialismo es un fenómeno que atenuado subsiste en estos días. La Federación se erige no sólo como aquél pacto que los estados miembros han suscrito para formar una República, sino también como la máxima autoridad en todas las materias de competencia federal. Tal circunstancia nos permite atisbar, desde ya, problemas respecto a temas como la soberanía de los Estados.

Después de la reforma de 1982 el artículo 134, quedó hasta hoy como sigue:

“...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.

³⁶Cfr. Hector Fix Zamudio. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado Edit. Porrúa. México 1999 pag. 109.

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

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

El manejo de recursos económicos federales 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...”

Eduardo Andrade Sánchez,³⁷ define algunos conceptos del artículo 134 constitucional:

1. Eficacia. Se entiende como la obtención del resultado práctico deseado, existiendo una vinculación entre eficacia y eficiencia.
2. Honradez. Atendiendo a la definición de renovación moral, se entiende como evitar la corrupción, y el cumplir escrupulosamente los deberes profesionales, actuando rectamente los servicios públicos. La idoneidad del gasto se refiere a la adecuación del empleo de los recursos económicos que se administran, con los objetivos que se persiguen.

³⁷ Citado por Ricardo Canals Arenas. Contrato de Obra Pública. Edit. Trillas México 1991. pag. 69.

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

El segundo párrafo del artículo 134, abarca todos los contratos que realice el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, actualmente existen leyes que pretenden su reglamentación, por un lado está la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que regula la adquisición de bienes muebles y otros contratos comprendidos en la misma ley, y por otro lado la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que regula el contrato de obra pública; estas dos con sus respectivos reglamentos, acuerdos y disposiciones; el análisis de estas leyes se detallará a fondo en el capítulo III, respectivo al régimen jurídico de la Licitación Pública.

2.2 El Principio de supremacía constitucional y los tratados.

"Nadie por encima de la ley", es una frase que los políticos mexicanos utilizan cada vez que se detecta un posible acto de corrupción, en el que se encuentre involucrado un servidor público, lo que a últimas fechas es de común conocimiento, no porque antes no sucediera, sino porque la evolución de la sociedad y la fuerza de los medios de comunicación, han permitido tener conocimiento de esta lacra social, con mayor facilidad que en las épocas del *Ancién* Régimen mexicano.

André Sigfried, con una frase lapidaria determina: "...Nunca he oído hablar tanto de Constitución como en esos países en donde la Constitución se viola todos los días..."³⁸. Y no le faltó razón, porque cómo puede una constitución defenderse de la tentación de transgredirla. Una aportación relevante a esta temática y a esta pregunta, fue la conferencia que en el mes de abril de 1862 (tiempo en el cual México contaba ya con la Constitución del '57 y se estaba a las puertas del Segundo Imperio), pronunció ante una agrupación ciudadana en Berlín, Ferdinand Lasalle, en la que inició con la siguiente interrogante: "...¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución?..."³⁹ La respuesta consiste, en la presencia de las fuerzas que dominan a la sociedad: rey, ejército, banqueros, obreros, a los que identificó como los factores reales de poder, deben ser incluidos en una Constitución, pues de lo contrario, su vigencia sería mínima. Identifica a la Constitución como hoja de papel en el siguiente contexto: "...He ahí, pues, señores, lo que es en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen ese país. Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama "Constitución", es decir, con la Constitución jurídica. No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, si

³⁸ Citado por Ramos, Samuel. El perfil del hombre y de la cultura en México, Colección Austral Mexicana. Vigésima Segunda Edición, México 1994. Página 44.

³⁹ Lasalle, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Ediciones Coyoacán. México, 1994. Página 38.

no que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos, atenta contra la ley, y es castigado...”⁴⁰

La esencia de una Constitución es el reflejo de una sociedad con todos sus actores para de ahí, configurar el desarrollo de la misma, sujeta a los principios que contiene. En el caso mexicano y luego de una azarosa historia de disputas internas, la mayoría de ellas, con intervenciones extranjeras, pasó a partir del año de 1917, a erigirse en una República federal, democrática, representativa y popular. Por lo tanto, el artículo 40 de la Constitución General de la República, constituye la firmeza del Pacto Federal y por ende, la primera afirmación de la supremacía de la norma federal. El artículo 40, es del tenor siguiente:

“...Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental...”⁴¹

Someterse a los dictados de la Constitución, es la premisa que sustenta el federalismo y lo que da forma al país como un ente organizacional, con un fin común: alcanzar las metas y principios estatuidos en esa Norma Suprema; por lo tanto, todas las autoridades de cualquier nivel, deben estar vinculadas a las disposiciones de la Carta Federal. Así lo ordena el artículo 133:

“... Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados por

⁴⁰ Idem. Página 50.

⁴¹ “...Es inherente al concepto constitución el ser suprema; no puede ser de otra manera porque está llamada a constituir; para poder hacerlo requiere que en lo interior todo le esté subordinado y estructurado siguiendo sus lineamientos generales. Nada que le sea contrario puede subsistir o ser válido. Respecto de las autoridades sólo pueden hacer lo que ésta o las leyes que de ella emanan les permitan, expresa o tácitamente. Ese principio de supremacía es operante tanto en la estructura y el funcionamiento de un poder u órgano como en lo que se refiere a sus facultades, atribuciones y limitaciones; es obligatorio tanto para el poder legislativo, cuando emite las leyes orgánicas o reglamentarias, como para los mismos poderes u órganos, cuando ejercen las facultades o atribuciones que se les atribuyen...” Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional. Oxford University Press. México, 1999, Página 16.

el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados..”

En cuestión de jerarquía de leyes, se limita al supuesto de que todas las leyes deben de estar conforme a la Constitución, por lo mismo, la prevalencia de la Ley Federal sobre la Ley Local no deriva de su carácter federal sino de su congruencia con la Constitución, por lo que en caso de controversia no necesariamente debe prevalecer la Ley Federal, sólo en caso de que no contravenga la Constitución, pues en caso contrario prevalecería la Ley Local; poco probable sería que coexistieran ambos principios por ser diversos y excluyentes uno de otro; pero existe el supuesto, como por ejemplo en materia tributaria, salud, urbanismo, ecología, etc, para lo que en caso de controversia sí prevalecería la Ley Federal sobre la local.

La Supremacía Constitucional, se caracteriza por la diferencia de dos circunstancias: Poder Constituyente, que es el órgano de dónde emana la Constitución, es diferente a los Poderes Constituidos que son lo poderes creados por aquel, son instituciones vinculadas en orden descendente.⁴² El poder constituyente precede en cuanto a tiempo a los poderes

⁴² “...La supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y estricta. Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; éstos a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia...” Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Edit. Porrúa. Décimo Novena Edición. México, 1983. Página 13.

constituidos; estos existen en cuánto aquel desaparece, de ahí que conforme a la tesis kelseniana, la validez de las normas que integran un sistema jurídico, dependen de haber sido creadas conforme a la norma fundamental.⁴³ La rigidez de la Constitución es la otra circunstancia que determina su supremacía, pues gracias a ella ningún poder constituido puede tocar la constitución.

Mucho depende de la adecuada o inadecuada interpretación del principio de Supremacía Constitucional, pues de ello resulta que los actos de autoridad se realicen apegados a un verdadero estado de derecho. Constantemente se ven rebasados los límites que establece la Constitución en el actuar del ejecutivo, pues cada vez absorbe más facultades que en un principio correspondían a los otros poderes, esto en razón de resolver problemáticas de administración gubernamental, favoreciéndola irrestrictamente, sin considerar que esta cesión únicamente puede realizarse si se encuentra estrictamente en la Constitución, por lo que resulta nulo el respeto a la Carta Magna.

Adicionalmente debe tenerse presente la jurisprudencia de H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha resuelto colocar en la jerarquía de las normas, a los tratados internacionales por encima de las leyes federales, lo que propicia la sumisión del derecho federal y local a los tratados internacionales, como en este caso a los de comercio.

Para una mejor comprensión a continuación se transcribe la aludida jurisprudencia:

⁴³ "...El derecho como orden - el orden jurídico - es un sistema de normas jurídicas. Y la primer cuestión que hay que responder se plantea la teoría pura del derecho en la forma siguiente: ¿qué es lo que funda la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿porqué una determinada norma jurídica pertenece a un cierto sistema de Derecho? Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de pluralidad de todas las normas que constituyen un orden. Y si una norma pertenece a un determinado orden, es por la razón de que su validez puede ser referida a la norma fundamental del mismo..." Kelsen, Hans. La teoría pura del derecho. Edit. Colofón. Cuarta Edición, México 1994. Página 47.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 46 Materia: Constitucional Tesis aislada.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario

Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.".

Los órganos del ejecutivo deben tener establecidos sus límites de acción, de lo contrario no sólo afectan la legalidad y constitucionalidad del sistema jurídico, sino además, su sostén ideológico – político: la legalidad; es por ello que el poder ejecutivo jamás debe rebasar el principio de Supremacía Constitucional.

La Supremacía como principio constitucional es a su vez elemento de otra figura importantísima también de fondo constitucional y elemento del Estado: La Soberanía, ésta se encuentra regulada en el texto constitucional en el artículo 41, que establece:

"...El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal..."

La soberanía consiste en la facultad del Estado para auto-determinarse sin obedecer a otros poderes ni autoridades ajenas a las suyas. El Estado como ente jurídico soberano

está dotado de un poder supremo,⁴⁴ irresistible, inapelable y exclusivo que actúa y decide sobre su ser y forma de ordenación. Ese "poder", sin embargo no tiene su origen en el exterior, sino que es inherente al mismo Estado, nace y se desenvuelve en la interioridad estatal.⁴⁵

La soberanía cuenta con dos elementos: la supremacía y la independencia, en virtud de la supremacía, la voluntad del Estado no admite contradicción en el orden interno. En virtud de la independencia la soberanía se manifiesta, respecto al exterior, en la facultad del Estado que le permite actuar y conducirse libremente en el ámbito internacional en plano de igualdad con los demás Estados, es decir la independencia es sinónimo de soberanía pero dirigida hacia el exterior, o sea en el ámbito internacional.

La soberanía ha sido y será una figura en constante debate, por las supuestas ilimitantes que implica en cuestión del actuar del Estado, además de ser atributo muy poco preciso por la evolución que ha tenido en el tiempo y las concepciones subjetivas que ha tenido en sus diferentes épocas; actualmente se discute si en efecto, la soberanía se refiere a un deber ser ilimitado o ilimitable, a este supuesto el Maestro García Maynez⁴⁶ comenta: "... Aún cuando el poder soberano sea el más alto y no dependa de ningún otro, hállese, sin embargo, sometido al derecho y, en tal sentido, posee determinadas restricciones. Si el poder político fuese omnipotente – dice Jellinek – podría suprimir el orden jurídico, introducir la anarquía y, en un palabra destruirse a si mismo..."

Expuesta la soberanía al interior de Estado, es turno hablar de ella al exterior, es decir, de la independencia; pues implica ya no sólo las relaciones subordinadas al

⁴⁴ Cfr. García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Toda sociedad al constituirse lo hace en razón de una voluntad, logrando una organización a través de un poder, pero no un poder simple, pues qué poder logra imponerse sin una coacción impuesta por esa misma sociedad, de manera irresistible, así los mandatos que se expidan se hacen cumplir de una manera violenta por el que resulte obligado a cumplir, encontrando así la razón funcional del poder supremo. Edit. Porrúa. Edición 47. México, 1944 pag 102, 103.

⁴⁵ Ibidem pag. 101 y sig.

⁴⁶ Ibidem. pag 104.

Estado y a su Constitución, sino las relaciones del Estado con otros Estados o naciones y de la participación del primero como integrante de una organización multilateral o un bloque regional, en el que si bien es cierto, no se cuestiona su supremacía (al interior), pero si su independencia, pues se entiende de la siguiente manera: en el plano interno el Estado es soberano en cuanto tiene imperio sobre su territorio y población (los otros elementos que lo componen) mientras que en el plano externo, es soberano, en cuánto a que no está subordinado a otro Estado, o sea no hay un poder externo que lo limite.

En la conferencia "Soberanía, Supranacionalidad y Derecho Constitucional" expuesta por el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Doctor Julio Ramón García Vilchez en Buenos Aires, Argentina, abordó el tema de la independencia del Estado en relación con otros Estados o naciones "...La realidad mundial actual nos presenta realidades insoslayables dentro de las cuales los países en vías de desarrollo tienen que actuar e interactuar. Estas realidades condicionan, limitan o modifican situaciones o imponen cambios en las relaciones entre los Estados y las naciones y afectan concepciones, que hasta hace pocos años, se consideraban intocables; una de ellas es la soberanía.

El fin de la guerra fría, el colapso del socialismo, el surgimiento de un mundo unipolar, los enormes, diversos y acelerados adelantos tecnológicos y otros factores, nos presentan un mundo de economías globalizadas o regionalizadas en el cual se hace necesario replantearse el rol de la soberanía nacional y qué influencia tiene la supranacionalidad sobre el Estado nacional mismo..."⁴⁷

México, al igual que muchas otras naciones, se ha incorporado al mercado mundial mediante un proceso gradual, tomando en cuenta su propia capacidad de respuesta, esta incorporación ha sido motivada por la premisa fundamental de que en el mundo

⁴⁷ Exposición del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Doctor Julio Ramón García Vilchez en el Auditorio - Sala "Santa Cecilia" de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, durante el Sexto Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina. Buenos Aires, Argentina Mayo, 1999.

globalizado, la apertura no es sólo un proceso conveniente sino necesario. La estrategia no debe enfocarse en buscar una mayor apertura de mercado sino la mejor manera de integración a la economía internacional.

En los últimos años el gobierno mexicano, con la idea de alejarse del proteccionismo, ha celebrado una serie de tratados con el fin de afiliarse al imponente liberalismo económico; entre los tratados celebrados, el que más ha destacado sin duda es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN y NAFTA en inglés), celebrado con Canadá y Estados Unidos de América, éste Tratado dio lugar a que México se convirtiera en un atractivo mercado para el capital internacional por la amplias posibilidades que ofrecía en diversas gamas de la economía.

Con estas tendencias de apertura económica de mercado, el gobierno dio un giro que le permitía ofertar en licitaciones internacionales, esta modalidad se encuentra regulada en el TLCAN, en el capítulo X denominado "Compras del Sector Público". Esto quiere decir que, aún en el ámbito internacional las contrataciones que realicen el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal para la administración pública, e inclusive las compras gubernamentales de los Estados, deberán de realizarse por medio de licitación pública, (artículo 28 fracción II Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 30 fracción II Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, respectivamente) no significando en ningún momento que se dejen a un lado las formalidades del procedimiento licitatorio, sino que irán vinculadas en orden de jerarquía al ámbito internacional.

La globalización, -como el fenómeno comercial permite que personas de los Estados del planeta, independientemente de su lugar de residencia, nacionalidad o ubicación geográfica, participen del intercambio de mercaderías, productos o servicios que se produzcan en cualquier país, es decir, la posibilidad de que un mundo elimine o reduzca las barreras comerciales- se ha constituido como el principal detonante para la celebración de los tratados, que en ocasiones, lejos de traer un avance acarrea un sin número de problemas ya que en ocasiones ni siquiera tienen una aplicación real o

efectiva, pues en muchas ocasiones o no existe una ley reglamentaria⁴⁸ (autónoma o dependiente) que lo regule o bien, si la hay, no se aplica por las autoridades que tienen el deber y la facultad de hacerlo, pues ignoran que existen; sin embargo, hay una obligación de conocer y aplicar los tratados, ya que estos una vez que se firman, aprueban, ratifican y se otorgan plenos poderes (artículo 2 de la Ley de Celebración de Tratados) por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la Constitución en los términos del artículo 133 Constitucional, siendo obligatorios en el territorio nacional cuando hayan sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación (artículo 4 Constitucional).

La ignorancia sobre los tratados acarrea una seria problemática, pues existe una inseguridad legal e incertidumbre de saber si la autoridad está actuando conforme a derecho, tal es el caso de las autoridades, que siguen cometiendo un sinnúmero de violaciones a las garantías individuales que consagra la Constitución, lo que hace necesario e indispensable la intervención de la Federación para el control y el respeto de la misma, toda vez que al no existir la cultura del control difuso autorizado por la norma fundamental, entonces debe seguirse dotando a la Federación de esa función elemental para el mantenimiento de un incipiente Estado de Derecho.

⁴⁸ C.f. Diccionario Jurídico. Thesaurus Jurídico Milenio. Programa de Computo "...El carácter reglamentario de la ley radica en su contenido y no se refiere a la relación jerárquica con las demás leyes. La función reglamentaria de una ley o decreto implica la ampliación de preceptos contenidos en la legislación que desarrolla. La reglamentación puede recaer sobre la Constitución, códigos e incluso sobre otras leyes ordinarias, sean federales o locales, siempre que los ordenamientos reglamentarios dispongan expresamente una regulación de algunos de los preceptos contenidos en dichos cuerpos legislativos..."

La reglamentación no es exclusiva de las leyes como tales, sino que también cabe con la promulgación de decretos del poder ejecutivo que desarrollan preceptos contenidos en la legislación para proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, artículo 89, «fr.» I de la Constitución.

La facultad reglamentaria del presidente de la República y la expedición de leyes reglamentarias coinciden en cuanto a la función de desarrollar el contenido de un ordenamiento legal; sin embargo, su diferencia radica en el aspecto formal del órgano que las expide, ya que las leyes reglamentarias se sujetan al procedimiento legislativo artículo 72 Constitucional.

2.3 Naturaleza jurídica de la licitación pública.

La naturaleza jurídica de la licitación pública, ha tenido varias corrientes, una de ellas señala que tiene una naturaleza de derecho financiero, esta corriente se desarrolla concretamente en Italia, pues en este país la figura de la licitación pública se encuentra regulada en el Código de la Administración o de la Contabilidad General del Estado (Codice dell'Amministrazione e della Contabilità Generale dello Stato)⁴⁹.

Una segunda corriente, encabezada por doctrinarios, consideran a la licitación pública como requisito para la celebración de un contrato incluyéndolo como uno de sus elementos, lo que Jorge Fernández Ruíz⁵⁰ considera erróneo pues señala que la licitación es un requisito cuyo cumplimiento por medio de un procedimiento administrativo específico previo a la celebración del negocio contractual, condiciona — cuando la licitación es exigible— su validez.

En tercer lugar se encuentra la corriente que señala a la licitación pública como un acto condición, en el sentido de que se necesita la existencia de una necesidad de contratar por parte de la administración pública (ente público) para que la persona o interesado se coloque dentro de un estatuto preexistente con reglas generales, pero esto no es así, es decir no es un acto condición, simplemente porque la licitación no es un acto, sino una serie de actos interligados y destinados a la producción de un resultado jurídico; esto da lugar a la cuarta corriente que considera que la licitación es un procedimiento administrativo ya que encuadra en lo que el maestro Acosta Romero apunta como procedimiento administrativo "... Conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto. Existe cierta unidad. No busca la solución de conflictos sino la realización de un acto..."⁵¹; concretamente se trata de un procedimiento administrativo externo en el que la administración interfiere la esfera jurídica de los particulares en mayor o menor grado.

⁴⁹ Cfr. López Ellas. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 1999 pag 48.

⁵⁰ Fernández Ruíz. Derecho Administrativo, Contratos. Edit. Porrúa pag. 170.

⁵¹ Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Parte General. Pag 416.

Como ya se dijo las relaciones de la administración pública, se consideran de naturaleza administrativa, ya sea porque intervine un órgano de la misma administración pública o bien porque a través de esas relaciones se realiza una actividad administrativa (servicios públicos, sociales, económicos, etc.), que consiste en cometidos o servicios esenciales o no esenciales, los cuales son cambiantes y expansivos.

La Licitación Pública es una figura regulada por las normas del derecho administrativo; razón, por la que tiene la naturaleza de ser un procedimiento administrativo que encuadra perfectamente en la administración pública, pues cada una de sus etapas, va encaminada a obtener las mejores condiciones, tanto técnicas como económicas del oferente, que las realice y las sostenga, satisfaciendo así las necesidades que la colectividad frente al Estado, exige sean satisfechas. De todo lo anterior se puede concluir que, la licitación pública es un procedimiento de derecho administrativo.

2.4 Licitante y Licitador.

Es conveniente delimitar los conceptos de los sujetos que intervienen en el procedimiento licitatorio, para efectos de evitar confusiones y obtener una mejor comprensión.

Los sujetos que intervienen en el procedimiento licitatorio, generalmente son dos partes, el Estado y los particulares que deciden someterse a dicho procedimiento; la Legislación mexicana, identifica al Estado como dependencias o entidades y en ocasiones como la convocante y al particular lo identifica como licitante y licitador.

1. **Licitante.** En teoría se supone que el licitante, porque convoca a la licitación, sólo debería ser el Estado, sin embargo las leyes lo identifican con los particulares proveedores o contratistas, lo que puede propiciar a confusiones.

Según Henry Capitant, en Vocabulario Jurídico la voz licitante significa "la persona de quien emana la sumisión."

Por su parte el artículo 2 fracción II, tanto de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, definen como licitante a: "...la persona que participe en cualquier procedimiento de licitación pública o bien de invitación cuando menos a tres personas..."; es decir, licitante es la persona física o jurídica que acude al llamado de la convocatoria y no la administración.

Sin embargo la doctrina, sustentada, entre otros, por Roberto Dromi, Miguel Marienhoff, López Elías, hacen el señalamiento de que licitantes serán, los órganos de la administración pública, y no la persona jurídica que acude al llamado de la administración pública. López Elías fundamenta su afirmación citando la definición de licitante que da la Real Academia Española "...licitante significa evidentemente "que licita" y es participio de "licitar", el que llama a licitación o sea el Estado (o sus organismos) y en cambio "licitador" es "el que licita", los que acuden a ese llamado..."

Realizan licitaciones los Poderes de la Unión, el poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial; dentro del Ejecutivo, intervienen en los procedimientos licitatorios las dependencias y entidades que son:

a) Dependencias:

- Unidades de la Presidencia de la República.
- Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.
- La Procuraduría General de la República.

b) Entidades:

- Organismos Descentralizados
- Las empresas de participación estatal mayoritaria.
- Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal y

todos ellos formando parte de la administración pública⁵² centralizada o paraestatal, por lo que en base a ello - y para no hacer mención repetida de "dependencias y entidades" - el término empleado será el de administración pública.

2. Licitador. En tal virtud, por razones metodológicas, la presente investigación hará referencia bajo el concepto de licitador, a la persona que acude al llamado de la administración pública.

Así, licitador, será toda persona física o jurídica, nacional o extranjero, que acude al llamado que hace la administración pública. El licitador puede ser persona jurídica ya que la mayoría de las ocasiones son empresas las que acuden al llamado por medio de

⁵² La administración Pública es la parte de los órganos de los Estados que dependen directa, o indirectamente del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros dos poderes y se puede clasificar en activa y contenciosa, directa e indirecta, federal, estatal y municipal, centralizada, desconcentrada, descentralizada, empresas estatales y sociedades mercantiles de Estado y fideicomisos públicos, Miguel, Acosta Romero, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Parte General, México, 1996, pag 76. Es decir todos los anteriormente citados son órganos del poder ejecutivo y pueden contratar por medio de licitaciones públicas.

un representante y que al igual que las personas físicas, las jurídicas deben de satisfacer los mismos requisitos establecidos en las bases o pliego de condiciones, además de los relativos a la constitución de la sociedad de la empresa.

También debe precisarse que el concepto licitador va adquiriendo una connotación diferente en la medida que va avanzando el procedimiento licitatorio, como lo siguiente:

- a) interesado cuando tiene conocimiento de las bases o pliego de condiciones,
- b) adquirente cuando haya adquirido las bases o pliego de condiciones por lo que puede efectuar consultas o plantear aclaraciones,
- c) proponente u oferente cuando presente ofertas,
- d) licitador cuando sea admitido como tal por cumplir con los requisitos establecidos en las bases y le hayan admitido sus ofertas,
- e) adjudicatario cuando sea seleccionado para contratar con la administración pública y por último,
- f) proveedor o contratista dependiendo el tipo de contrato que deba de cumplir frente a la administración pública.

Cabe señalar que estos términos no son sinónimos, pues cada uno representa una situación jurídica distinta en el procedimiento licitatorio por ejemplo, todos serán en un principio interesados, pero no todos serán licitadores, ni todos serán adjudicatarios; aunque no son sinónimos, si se trata de la misma persona física o jurídica pero en diferentes momentos.

Por lo tanto, en aras de la claridad y a modo de propuesta se sugieren las siguientes definiciones:

Licitante: Órgano del Estado que hace un llamado de presentación de ofertas a través del procedimiento licitatorio o invitación a cuando menos tres personas, con el fin de contratar con el licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.

Licitador: la persona que participe en cualquier procedimiento de licitación pública o bien de invitación cuando menos a tres personas.

2.5 Garantías en la licitación.

Garantía, es el instrumento jurídico a través del cuál el licitador (interesado) respalda su propuesta y el proveedor o contratista (cuando ya tenga esta calidad el interesado) protege el cumplimiento del contrato y, en su caso, el anticipo que se le hubiese entregado.⁵³

El éxito del cumplimiento de los propósitos u objetivos de las licitaciones, depende en gran parte de las medidas de seguridad establecidas por los legisladores en las leyes, que reglamentan el procedimiento licitatorio, es así que se establecen las llamadas "garantías" que fungen como respaldo de la contratación administrativa, y que generalmente son en dinero (fianza), valores, y bienes muebles (prenda) e inmuebles (hipoteca) ya que, por una parte apunta tanto a la seriedad del oferente(interésado) –en la presentación de sus ofertas para mantenerlas durante el tiempo que establezca la ley o el pliego de condiciones- como al cumplimiento del contrato.

EXISTEN TRES TIPOS DE GARANTÍAS:

1. Garantía de participación. Es también llamada garantía de mantenimiento de propuesta, tiene como objetivo asegurar el mantenimiento de la oferta, por lo que todos los interesados (licitadores) deberán de integrarla; esto es, presentarla junto con sus propuestas.

La importancia de la garantía de participación radica en que las ofertas se realicen de manera responsable; cuando exista una garantía de por medio que el licitador (interesado) no tiene el ánimo de perder, evitará formular propuestas que no tengan el fiel propósito de cumplirse, ya que se puede dar lugar a que se contrate por medio de una adjudicación directa.

⁵³ Reglamento de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público artículo 2º fracción 8.

Desafortunadamente la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, no regulan este tipo de garantías; Sin embargo, la anterior ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en su artículo 38, contemplaba esta garantía de participación, por lo que surge la reflexión, si la abrogación y derogación de leyes, tienen el objeto de mejorar las leyes existentes o sustituirlas por otras, cuál es la razón por la que el legislador no contempló éste tipo de garantía (garantía de participación).

Es de hacer notar que aunque la ley no mencione nada al respecto sobre una garantía de anticipo para el mantenimiento de ofertas, éstas pueden establecerse en las bases o pliego de condiciones, ya que en ellas se fijarán todos los datos relativos a las garantías; es decir, en la competencia federal queda al libre albedrío del ente público pedir a los interesados (licitadores) la garantía de participación o no, así como los porcentajes para otorgarlas.

La figura de la garantía de participación, si está contemplada en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas para el Distrito Federal y sus reglamentos, señalando que:

Quienes participen en las licitaciones o celebren contratos, deberán garantizar la seriedad de las propuestas en el procedimiento de licitación, con un mínimo del 5%, sin considerar impuestos, del total de su oferta económica; la garantía de seriedad de propuesta (mantenimiento) se aplicará cuando el licitante retire su propuesta una vez iniciado el acto de presentación de propuestas, revisión de documento legal y administrativa y apertura de propuestas técnicas. La convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los

licitadores (interesados), salvo la de aquella a quién se hubiere adjudicado el contrato, la que se retendrá hasta el momento en que el proveedor constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente.⁵⁴ Lo anterior es para el caso de los contratos de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en el Distrito Federal.

Por lo que respecta a Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley de la materia, para el Distrito Federal señala que, la seriedad de sus propuestas en los procedimientos de licitación deben ser garantizadas, aunque en este caso no se mencionen los porcentajes, en las bases se contemplará tanto los porcentajes como la forma en que se otorgarán las garantías. La dependencia, entidad u órgano desconcentrado convocante, conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los concursantes, salvo la de aquel a quien se hubiere declarado ganador, la que se retendrá hasta el momento en que el contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente, y haya firmado el mismo; en caso de que algún concursante no se presentara al acto en que se da a conocer el fallo, la dependencia, entidad u órgano desconcentrado convocante conservará la garantía correspondiente hasta por tres meses contados a partir de la fecha del fallo.⁵⁵

En esta materia también se da la opción de que el licitador (interesado) sea el que fije el monto de la garantía que será un porcentaje sobre el importe de la propuesta, ésta se entenderá como el trabajo a realizar o la sumatoria de los importes parciales de cada concepto de trabajo sin incluir el impuesto al valor agregado.

2. Garantía de cumplimiento. Tiene por objeto lograr el cumplimiento del contrato, pues en caso contrario responderá con la garantía entregada de los daños y perjuicios

⁵⁴ Artículo 73 fracción I. Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público del Distrito Federal y artículo 59 de su reglamento.

⁵⁵ Artículo 35 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas del Distrito Federal y Artículo 33 de su reglamento.

que cause por el incumplimiento; ésta garantía a diferencia de la anterior únicamente se le hará efectiva al licitador (interesado) que resulte adjudicatario.

Los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán la forma y porcentajes de las garantías en las bases, para ambas materias es decir tanto para la Obra Pública como para las Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se considera que la ley no señala un porcentaje concreto, ya que estos se fijarán en razón de la cuantía del contrato en específico.

En las obras públicas, la garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, no podrá ser menor al 10% del monto total autorizado en cada ejercicio; esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo, la garantía en materia de obras será liberada después de transcurridos doce meses contados a partir de la recepción de los trabajos.

Para el caso de adquisiciones arrendamientos y servicios, la garantía se constituirá dentro de los diez días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo; en el caso de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público del Distrito Federal, señala un mínimo del 10% del total del importe; esta garantía también responderá por los atrasos en el cumplimiento de las fechas pactadas, así como de los defectos y vicios ocultos.

3. Garantía de anticipos. Este tipo de garantía tiene como propósito respaldar en su totalidad los anticipos que se concedan por parte de la administración pública para la realización de los trabajos de que se trate.

Los montos, formas y porcentajes a los que deben ajustarse las garantías establecidas en el pliego de condiciones o bases, deben de establecerse con un criterio de equidad, no deben de ser tan elevadas que limiten el número de concurrentes, pero tampoco que resulten insuficientes para respaldar el cumplimiento del contrato.

Las garantías tienen una doble naturaleza, por un lado se exige como requisito en las bases para poder ser licitador (interesado) formalmente, y por otra, es que al adjudicatario se le hará efectiva la garantía en caso de que se le entreguen anticipos para la realización del contrato, o en caso de que incumpla con el mismo. La garantía es un requisito previo y a su vez un seguro para el ente público (licitante) en el cumplimiento del contrato.

Las garantías que los licitadores (interesados) deban otorgar conforme a la ley, se constituirán a favor de:⁵⁶

- a) La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias;
- b) La entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas y
- c) Las Tesorerías de los Estados y municipios.

Las garantías pueden constituirse de las siguientes maneras:

- Fianza.
- Cheque.
- Fideicomiso.
- Aval bancario.
- Depósito bancario.
- Hipoteca.
- Prenda.
- Carta de crédito.

⁵⁶ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

2.6 Modalidades, excepciones y etapas de la licitación pública.

La Licitación Pública cuenta con algunas modalidades en razón de los aspirantes que concurren a ella, en primer lugar se encuentra:

MODALIDADES DE LICITACION

1. **Licitación abierta.** (pública) Es aquella dónde el número de interesados (licitadores) no tienen limitaciones, puesto que pueden concurrir todas aquellas personas que de acuerdo a la legislación vigente cumplen con las condiciones para presentarse a la licitación, su fundamento se encuentra en el párrafo segundo del artículo 134 Constitucional.

2. **Licitación nacional.** El artículo 28 fracción I de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público a la letra dice:

“...Las licitaciones públicas pueden 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 de 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..."

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se limita a mencionar en su artículo 30, fracción I, lo siguiente:

"...Nacionales, cuándo únicamente pueden participar personas de nacionalidad mexicana..."

En relación a éste artículo cabe señalar que al mencionar "... personas de nacionalidad mexicana..." hay dos tipos de mexicanos en cuanto a las personas físicas: por nacimiento y por naturalización, y en cuanto a personas morales serán consideradas de nacionalidad mexicana cuando se constituyan de acuerdo a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal, con algunas restricciones territoriales (artículo 27 Constitucional). Pero además en éste rubro deben tenerse presentes los Tratados de Comercio, que exigen otorgarle trato nacional a los extranjeros.

3. Licitación Internacional. Al igual que la licitación nacional, la licitación internacional se encuentra regulada en el artículo 28, fracción II de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como en el artículo 30, fracción II de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Como puede apreciarse la modalidad de internacional y nacional se encuentran reguladas en ambas leyes, aunque varían ligeramente en palabras o una ley es más amplia en explicación que otra, tienden al mismo fin, sólo que en diferentes materias.

Siguiendo con la licitación internacional el artículo 28, fracción II de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público a la letra dice:

"...Las licitaciones públicas podrán ser:

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

Solamente deberán llevarse a cabo licitaciones internacionales, en los siguientes casos:

a) Cuando resulte obligatorio conforme a lo establecido en los tratados. *En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en el capítulo X denominado "Compras del Sector Público" Sección "A" artículo 1001, en los subincisos del inciso c) se establece, la obligación de que la adjudicación de contratos que las entidades del gobierno federal así como las entidades de gobiernos estatales y provinciales pasando del valor, 50,000 dólares Estadounidenses para contratos de bienes, servicios o cualquier combinación de los mismos, y 6.5 millones de dólares Estadounidenses para contratos de servicios de construcción empresas gubernamentales, 250,000 dólares Estadounidenses para contratos de bienes, servicios o cualquier combinación de los mismos, y 8 millones de dólares Estadounidenses para contratos de servicios de construcción, deben ser de carácter internacional. Esto quiere decir: 1. que en México la licitación es el procedimiento regla para las contrataciones del Estado, 2. Estas contrataciones al igualar o superar las cifras anteriormente citadas, deben ser de carácter internacional, 3. La licitación será en estos casos de carácter internacional por ser México miembro del TLCAN. Las cifras anteriormente mencionadas, se actualizarán de acuerdo a los tipos de cambio.*

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 (actualmente Secretaría de Economía), mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, determinará los casos en que los participantes deban 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 un tratado y ese país no conceda un trato recíproco a los licitantes, proveedores, bienes o servicios mexicanos...”

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 30, cuenta con dos fracciones, la segunda hace referencia a las licitaciones internacionales, contiene 4 incisos que mencionan de manera muy general lo mismo que el artículo 28 y sus respectivos incisos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; tiene como diferencia, la primera ley mencionada, de la segunda, el último párrafo en el que menciona “...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...”, esta diferencia radica en atención a la materia de Obras Públicas.

La Secretaría de Economía, tomando en cuenta la opinión de la SECODAM, determinarán el carácter nacional o internacional de los procedimientos de contratación

y los criterios para determinar el contenido nacional de los bienes o trabajos a ofertar en razón de las reservas, medidas de transición u otros supuestos establecidos en los tratados

4. **Licitación Restringida.** Es empleada también como sinónimo de licitación privada lo que Fernández Ruíz⁵⁷ señala que no debe ser así, pues varios autores le dan una connotación diferente, pues la licitación restringida se emplea como una modalidad de la licitación pública en razón de que va dirigida a un grupo indeterminado de interesados pero limitándolos a una serie de factores, como estar inscritos en un padrón, tener cierta antigüedad en su área, etc. Se puede concluir que la licitación restringida a diferencia de la pública, es que hace a un número indeterminado de personas pero que se limitarán por aquellas que reúnan ciertas condiciones delimitadas. Fernández Ruíz, citando a Miguel Angel Bercatiz, señala "...la licitación restringida constituye una subespecie de la licitación pública no contemplada en las normas vigentes en forma expresa..."⁵⁸. Esto es así porque en la legislación el número de personas que concurren a la licitación no se limita en razón de las condiciones de los interesados, sino en razón del objeto a licitar o de las circunstancias que se presenten en la licitación; es en esos casos en que operan las excepciones a la licitación que son: la invitación a cuando menos tres personas o la adjudicación directa, y que a la vez constituyen otros procedimientos para contratar, pero que no son modalidades de la licitación.

EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN

El artículo 134, Constitucional en su párrafo tercero, deja abierta la posibilidad de que en caso de que las licitaciones no sean idóneas, para asegurar las mejores condiciones del Estado, faculta a la ley para que asegure dichas condiciones, por citar un ejemplo; el artículo 27 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas, señala que las dependencias y entidades bajo su responsabilidad podrán contratar obras

⁵⁷ Cfr. Fernández Ruíz. Contratos Administrativos. Edit. Porrúa México, 2000 pag. 203.

⁵⁸ Idem.

públicas y servicios relacionados con las mismas, mediante licitación pública, invitación cuando menos a tres personas y también adjudicación directa.

Para entender el tema de las excepciones, deberá quedar claro que la licitación pública generalmente deberá sustituirse en los casos que así lo amerite por licitación cerrada y excepcionalmente por adjudicación directa, entendiéndose así que la invitación cuando menos a tres personas es sinónimo de licitación cerrada, siendo estas las excepciones de la licitación pública, pues esta excepción se encuentra regulada en el artículo 134 Constitucional párrafo tercero que menciona:

“...cuando las licitaciones públicas no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad, honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado...”

1. Licitación cerrada. A diferencia de la licitación restringida -con el objeto de no confundir los términos- la licitación cerrada, lo es en razón de que las personas que concurren a ella lo hacen por una invitación directa de la administración pública, mientras que en la licitación restringida concurren los interesados limitativamente en razón de ciertos factores que deben cumplir para poder concurrir, como el registro en un padrón, antigüedad del negocio, o situaciones económicas financieras, por otra parte la diferencia que tiene la licitación abierta de la cerrada es que en la primera pueden concurrir un universo de interesados mientras que en la licitación cerrada de acuerdo con Carlos Cassagne⁵⁹ “...no se procede a formular un llamado o convocatoria a los interesados sino que, en tal caso, la administración decide invitar a determinadas personas a fin de que formulen ofertas en base a un pliego de condiciones previamente elaborado...”

⁵⁹ Carlos Cassagne. El Contrato Administrativo. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1999. pag. 47.

La licitación cerrada no debe entenderse como modalidad, sino como procedimiento de contratación; y esto no resulta inadecuado pues la modalidad se refiere, a las variaciones que puede tener una figura jurídica, pero que esencialmente sigue siendo la misma, es el caso de la licitación cerrada, teniendo en cuenta que los dos procedimientos que abarca, siguen una serie de etapas tendientes a obtener la mejor oferta y persiguen el mismo fin que la licitación pública, pero con algunas variaciones de forma; como ya se mencionó anteriormente, la invitación cuando menos a tres personas y la adjudicación directa, son contempladas en la legislación como otros procedimientos de contratación en el artículo 27 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 26 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y no como modalidades, éstas únicamente son: la licitación nacional e internacional.

Tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas para el Distrito Federal y la antigua ley de Adquisiciones y Obras Públicas, señalan como sinónimo de invitación cuando menos a tres personas la licitación restringida, pero se considera que es erróneo por las diferencias anteriormente expuestas entre licitación restringida y licitación cerrada, por lo que se cree que sería adecuado llamar a la invitación a cuando menos tres personas "licitación cerrada."

Así, el art 40 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y el artículo 41 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen comúnmente las excepciones a la licitación pública y son las siguientes:

2. **Invitación cuando menos a tres personas (licitación cerrada).** Es un procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes, sólo las personas que sean expresamente invitadas por el Estado, en éste tipo de procedimiento existirá el pliego de condiciones en el que se establecerán los precios, plazos, pagos, así como fecha, lugar, hora de apertura de ofertas etc. Es necesario que para poder realizar la

adjudicación existan por lo menos tres propuestas, este procedimiento puede ser de carácter nacional e internacional. Aunque una de las circunstancias que caracterizan a este tipo de procedimiento sea la invitación expresa por la dependencia o entidad, no se le podrá negar la oportunidad de concurrir a los interesados (licitadores) que hayan tomado conocimiento de esta licitación cerrada y que estén en condiciones de presentar ofertas, aunque no hayan sido invitados. Este procedimiento se realizara en la forma que se establece en los artículo 43 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 44 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

La licitación cerrada se registrá por los mismas normas y principios que la licitación pública, con la obvia excepción del llamado; mientras que en la licitación pública se hace a través de una publicidad por medios de comunicación, la licitación cerrada se realizará por medio de una invitación directa.

Existen diversas causas por las que se recurre a la invitación cuando menos a tres personas y estas al artículo 41, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y al 42, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas son las siguientes:

- a) **Casos de desastre o peligro.** Cuando ocurren los desastres naturales, es común que se necesite determinado tipo de equipo para hacer frente a cualquier situación de urgencia provocada por estos desastres, como derrumbes, inundaciones, incendios, etc. Por lo que se procura acelerar los procesos de contratación, y que en caso de situación extrema se permite la adjudicación directa.
- b) **Seguridad Nacional.** Para no comprometer la seguridad nacional, la administración pública, se verá facultada para invitar directamente a los proveedores que ya hayan sido previamente investigados, para comprobar su confiabilidad en cuanto al cumplimiento del pliego de condiciones.

- c) Cuando se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas. Esta situación se traduce en que existe una escasez de proveedores en la materia, por lo que resulta más idóneo recurrir al procedimiento de invitación cuando menos a tres personas y en caso extremo, es decir que sólo existiera un solo proveedor, se recurriría a la adjudicación directa.
- d) En caso de bienes perecederos. Se refiere concretamente a granos, alimentos básicos semiprocesados, y que por razones de variabilidad del mercado tienen cierto carácter de urgente por lo que su adquisición se realizará por la invitación cuando menos a tres personas.
- e) Compra de bienes para su industrialización o comercialización. Se trata de adquisiciones de bienes que realicen las dependencias o entidades para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios, expresamente establecidos en el acto jurídico de su constitución.
- f) Escasa cuantía. Esta situación hace referencia a que no deben excederse los montos máximos en cada operación que para ello establece el presupuesto de egresos de la federación.

3. Adjudicación Directa. Es el procedimiento por el cual Estado adjudica directamente el contrato al contratista sin concurrencia u oposición, el Estado en uso de sus facultades discrecionales elegirá a quién juzgue conveniente, generalmente este tipo de procedimientos se presentan en casos de urgencia o de licitación desierta. Las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, mencionan los casos en que podrá adjudicarse directamente el contrato pero no la forma en que se realizará, lo que supone pensar que se seguirán las reglas de los contratos privados, pero constituyéndose contratos básicamente administrativos.

Fernández Ruiz,⁶⁰ hace una reflexión de los pros y contras que puede presentar el procedimiento de adjudicación directa "... a favor de la adjudicación directa de los contratos administrativos se aduce la posibilidad de celebrarlos con oportunidad, al evitarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces, sustituyendo la concurrencia y competencia de potenciales contratantes mediante estudios de mercado y sondeos. En contra del procedimiento de adjudicación directa de los contratos administrativos se argumenta no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo, sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y, por ende, de competencia entre potenciales oferentes..."

La reflexión citada resulta *ad hoc* con la presente investigación; la corrupción ya no se limita sólo a la relación servidor público y proveedor nacional, sino que se eleva a dimensiones internacionales cuando existe la posibilidad de que esta adjudicación se realice con un proveedor extranjero, concretamente, con un estadounidense o canadiense, por ser estos Estados miembros del TLCAN.

Las causas por las que se recurre a la adjudicación directa se encuentran al artículo 41, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y al 42, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y son las siguientes:

- a) Por tratarse de proveedor único. Esta situación comúnmente se presenta en los casos en que sólo puede celebrarse con una sola persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos, también en los casos en que se trate de marcas específicas con el fin de seguir teniendo los beneficios que otorgan los productores de un determinado producto.
- b) Contratos especiales. Para el caso concreto que señala la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el artículo 42 fracción IX, que son aquellos contratos que requieren de mano de obra campesina o urbana marginada, y que la dependencia o entidad contrate directamente con los

⁶⁰ Fernández Ruiz. Contratos Administrativos. Editorial Porrúa. México, 2000, pag.209.

habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deban realizarse los trabajos, ya sea como personas físicas o morales.

- c) **Por tratarse de bienes imprecisos.** En ocasiones no se pueden precisar algunas circunstancias relativas al contrato como es el caso que se presenta en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el artículo 42 fracción VIII, que establece que, cuando se trate de trabajos de mantenimiento, restauración, reparación y demolición e inmuebles, en lo que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución.
- d) **Mecanismo inusual de adquisición.** Tal es el caso que se presenta el artículo 41 fracción XIII de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público, menciona que cuando se trate de adquisiciones de bienes provenientes de personas que sin ser proveedores habituales, ofrezcan bienes en condiciones favorables, en razón de encontrarse en Estado de liquidación o disolución, o bien, bajo intervención judicial.

ETAPAS O FASES DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

Aunque los términos proceso administrativo y procedimiento administrativo han sido comúnmente empleados como sinónimos en la terminología del derecho, desde el punto de vista teórico no lo son, el proceso administrativo – aunque tenga una unidad en el conjunto de actos realizados conforme a la norma al igual que el procedimiento administrativo - persigue una finalidad diferente a este ya que el proceso administrativo va encaminado a la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho o resolver una controversia preestablecida mediante una sentencia, mientras el procedimiento administrativo va encaminado no a la solución de una controversia sino a la realización de un acto determinado.

El procedimiento administrativo está constituido por fases o etapas en que se agrupan los actos y hechos -a través de los cuales se concreta y desenvuelve el procedimiento-,

de acuerdo con su finalidad inmediata y última que será la celebración del contrato, es claro que todos los actos que integran el procedimiento comparten el objetivo final de éste; tales actos y hechos de la administración y actos y hechos de los interesados, se encuentran orientados por la finalidad que persigue cada una de estas etapas procesales y se encuentran concatenados de tal manera que éstos además de su integración teleológica, tienen una vinculación cronológica, en cuanto que los actos que comprenden se verifican progresivamente en el tiempo- en plazos y términos precisos-, y de manera lógica, en razón de que se enlazan entre sí como presupuestos y consecuencias.

Entre las pocas interpretaciones judiciales que se han hecho sobre licitaciones públicas, destaca la efectuada por el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa bajo el rubro. Licitación Pública⁶¹ (tesis aislada), esta interpretación señala que las etapas de la licitación Pública son:

1. La existencia de una partida presupuestaria.
2. Publicación de la Convocatoria.
3. Elaboración de bases o pliego de condiciones.
4. Presentación de ofertas.
5. Apertura de ofertas.
6. Adjudicación.
7. Perfeccionamiento del contrato.

1. Partida Presupuestaria.

La partida presupuestaria no es propiamente una etapa del procedimiento licitatorio, sino una consideración previa que constituirá las bases de la licitación pública y que

⁶¹ TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. I. 3o. A. 572 A 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. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo XIV-Octubre. Tesis: I. 3o. A. 572 A Página: 318. Tesis Aislada.

estará integrada por la planeación, autorización de los comités y presupuesto, entre otros; este aspecto de la partida presupuestaria será comentado en el capítulo siguiente correspondiente al régimen jurídico y legal de la licitación pública. En este orden de ideas la primera de las etapas del procedimiento licitatorio es:

2. Publicidad de la Convocatoria.

La publicidad y la convocatoria son figuras jurídicas diferentes, en tanto que tienen un régimen jurídico diferente, por un lado la convocatoria o llamado a licitación es un acto administrativo por el otro la publicación es una actividad material que se instrumenta en los distintos medios de comunicación. Una vez establecidas las diferencias entre ambas figuras, proseguiremos a explicar lo relativo a la convocatoria.

La convocatoria constituye un llamado a licitación por parte del ente público (licitante) de una manera unilateral, por lo que es un acto administrativo en el que se decide la realización de la licitación; es una invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contratar con el Estado.

Este llamado no es una promesa de contrato, sino que únicamente se convoca a los interesados para que el ente público (licitante) decida si va a contratar o no con el oferente que mejor propuesta realice.

Al respecto Roberto Dromi⁶² señala: "...el llamado a la licitación no implica una oferta de la administración que los particulares aceptan al presentar sus propuestas; por el contrario la oferta es presentada por los particulares que responden al llamado del Estado, y éste es quién acepta al resolver la adjudicación del contrato..."

Realizando el llamado a licitación, los interesados a concurrir deben cumplir con las condiciones objetivas y subjetivas establecidas en la convocatoria, -estas condiciones subjetivas y objetivas son por ejemplo que no se encuentren inhabilitados o quebrados,

⁶² Roberto Dromi. Licitación Pública. Editorial. Abeledo Perrot Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1999. pag. 278.

no estén facultados para contratar, el pago de las bases, etc- para que puedan ser oferentes.

Desde la convocatoria los interesados pueden preparar ofertas; realizarán estudios técnicos, financieros y demás, que les permitirá estar en condiciones de competir por la prestación solicitada; y que traerá como consecuencia que ese número indeterminado de interesados que se invita, estará limitado, pues una vez publicada la convocatoria el interesado sabe si es apto o no para competir.

El llamado a licitación que hace el ente público (licitante) le implica una obligación y ésta es que debe mantener su voluntad declarada en los términos de la publicidad; el hecho de que deba mantener su voluntad se refiere a que no puede revocarla salvo los supuestos legales. El llamado a licitación trae consigo la posibilidad de que los interesados que cumplan con las condiciones objetivas y subjetivas, puedan inconformarse por el procedimiento de selección elegido por el ente público (licitante) cuando se aparte de lo previsto en la norma.

La publicación debe entenderse como una actuación material del ente público (licitante) que convoca a los interesados, insertándose el llamado a la licitación en alguno de los medios de difusión previstos por la ley.⁶³ La publicación puede variar de acuerdo al tipo de contratación que se utilice, para la licitación abierta se realizará la publicación anteriormente explicada, y para la licitación cerrada la invitación directa.

El contenido que debe tener en general la convocatoria es el siguiente:

- a) El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;
- b) La indicación de los lugares fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases y especificaciones de la licitación y, en su caso el costo y forma de pago de las mismas.

⁶³ Loc Cit.

- c) La fecha, hora y lugar de celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, y
- d) La indicación de si la licitación es nacional o internacional; si se realizará bajo la cobertura de algún tratado y el idioma o idiomas en que podrán presentarse las proposiciones.

El contenido específico de la convocatoria en razón de las materias de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como de las obras públicas, será planteado en el siguiente capítulo.

3. Elaboración de Bases o Pliego de Condiciones.

El pliego de condiciones es la base para regular, tanto el procedimiento licitatorio como la celebración del contrato y su adjudicación, la administración determina a través de las bases qué es lo que quiere contratar, la forma y condiciones en que lo hará, así como las obligaciones y responsabilidades de las partes contratantes.

Roberto Dromi,⁶⁴ menciona al respecto que el pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante (ente público). En él se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista.

De esta definición se puede desprender lo siguiente:

- a) Que las cláusulas que contiene el pliego de condiciones son realizadas de manera unilateral por el ente público, esto es que en ningún momento interviene la voluntad del particular limitándose su participación a tomar conocimiento a partir de su publicación. El Estado realiza con carácter unilateral el pliego de condiciones por contar con amplias facultades discrecionales, pero su

⁶⁴ Roberto Dromi, *Licitación Pública*. Editorial. Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1999 pag. 245.

elaboración estará limitada a que deberán realizarse con apego a la ley; es decir, no puede incluir cláusula ilegales.

Los contratos administrativos, que son resultado del procedimiento licitatorio adquieren un carácter de contrato de adhesión. Para no dejar el cuestionamiento sobre qué tipo de contrato es éste, se señalarán las características que distinguen a este contrato "... la oferta se hace a una colectividad; el convenio es obra exclusiva de alguna de las partes; la reglamentación del contrato es complejo; la situación del oferente (interesado) es preponderante; la oferta no puede ser discutida; el contrato oculta un servicio privado de utilidad pública..." "...Parece que la preponderancia de la voluntad de uno de los contratantes, imponiéndose hasta cierto punto a la otra, es lo que caracteriza verdaderamente al contrato de adhesión..."⁶⁵

- b) El contenido, en éste deben incluirse con toda precisión todas aquellas circunstancias que al licitador (interesado) le interesan, como lo es el objeto licitado el cual debe estar claramente identificado, así la administración podrá asegurar el éxito de la licitación; en caso de que el pliego de condiciones no permita la precisa y plena identificación, se realizaran propuestas dirigidas a diversos objetos, impidiendo la aplicación de un criterio objetivo a las ofertas propuestas.

La especificación del objeto debe tener un punto de equilibrio para evitar que, por un lado se presente la diversidad de objetos y, por otro, que sean tan específicos que todos los objetos se volvieran únicos en su especie; en conclusión: debe haber parámetros máximos y mínimos de especificación del objeto licitado por parte de la administración en uso de sus facultades discrecionales.

⁶⁵ Manuel Borja Soriano. Teoría General de la Obligaciones. Edit. Porrúa. Décimo Quinta Edición. México 1939, pag 131.

- c) Derechos y obligaciones a los que estarán sujetos tanto los licitadores (interesados) como el ente público (licitante); al publicarse el pliego de condiciones ningún licitador (interesado) puede excusarse de ignorar cuales son sus obligaciones, pues si fuera así no podría haber presentado sus propuestas.
- d) El pliego de condiciones contendrá lo relativo al trámite que debe seguirse en la licitación; en las cláusulas se fijará el modo de proceder, el tiempo para cada una de las etapas, las solemnidades etc. Por último, contendrá las condiciones relativas a la futura contratación.

En caso de que el pliego de condiciones se encuentre viciado por la violación de algún principio o cláusulas que pretendieran obstaculizar la celebración del futuro contrato podrán tener como consecuencia la nulidad del procedimiento licitatorio.

Por regla general el pliego de condiciones puede ser modificado siempre y cuando no se hayan presentado ofertas; ahora que para el caso concreto, dependiendo de la legislación, podrá ser modificado en otros momentos, condicionados a ciertas hipótesis que la misma ley establezca.

El contenido que debe tener en general las bases o el pliego de condiciones es el siguiente:

- Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante.
- Poderes que deberán acreditarse; fecha, hora, lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realizan: fecha hora y lugar para la presentación y apertura de las proposiciones, garantías y comunicación del fallo y firma del contrato.
- Señalamiento de que será causa de descalificación, el incumplimiento de alguno de los requisitos establecido en las bases de licitación.
- Idioma o idiomas en que podrán presentarse las proposiciones.
- Moneda o monedas en que podrán presentarse las proposiciones.

- La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de licitación, así como en las proposiciones presentadas por los proveedores o contratistas, podrán ser negociadas y
- Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos y la indicación que en la evaluación de las proposiciones en ningún caso podrán utilizarse mecanismos de puntos o porcentajes.

4. Presentación de Ofertas.

La oferta es una etapa del procedimiento licitatorio que constituye a su vez otro procedimiento al interior de su elaboración; en él interactúan el ente público (licitante) y licitador (interesado), en los diferentes momentos del procedimiento, un ejemplo de ello es, que al presentar la oferta se manifiesta el actuar del licitador (interesado) únicamente, pero es el caso que en la recepción sólo actúa el ente público (licitante) y así en determinados momentos del procedimiento de la oferta, por lo que la oferta en sí misma no es un acto aislado. La oferta tiene la naturaleza jurídica de ser un acto unilateral tendiente a la colaboración de un contrato. En el procedimiento licitatorio la oferta de los particulares se presenta en respuesta a la invitación efectuada por el ente público.

López Elías, al tratar de establecer un concepto de oferta cita a Sánchez Urite señalando "...la oferta de contrato: es una declaración de voluntad unilateral, autosuficiente y receptiva que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato..."⁶⁶

Borja Soriano señala que la oferta "... es una declaración unilateral de la voluntad que exige recepción , por la cual una persona propone a otra la celebración de un contrato ... Por regla general, se dirige a una persona determinada y conocida del

⁶⁶ López Elías. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1999 pag 146.

comprador, pero puede también dirigirse a toda persona que tuviere conocimiento de ella y que quisiere aceptarla...⁶⁷

De las definiciones anteriores puede observarse que lo trascendental de la oferta es que es una manifestación de la voluntad expresa y más aún en el caso del procedimiento administrativo, que la oferta que realicen los licitadores (interesados) se realicen estrictamente apegados al pliego de condiciones, pues sólo con el ajuste a éste, será considerada la oferta y adjudicarse el contrato a la más ventajosa.

Los interesados al concurrir a la licitación pueden preparar ofertas, pues ya han realizado estudios técnicos, financieros y demás, que les permitan estar en condiciones de competir por la prestación solicitada; en otras palabras, lo que el interesado está realizando es la elaboración de la oferta. De lo anterior se desprende que esta oferta debe llenar ciertos requisitos subjetivos, objetivos y formales de orden jurídico, para que la oferta, en su momento pueda ser considerada por el licitante (ente público) y por último ser aceptada.

Requisitos subjetivos. Estos requisitos subjetivos van dirigidos hacia la persona física o moral que pretende ser licitador, oferente u ofertante, la oferta deberá emitirse directamente por el oferente (interesado) o bien por un mandatario, tal posibilidad la da el Código Civil para el Distrito Federal, señalando: "...que el que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado..." Es así que será necesaria la elaboración de un contrato de mandato general o especial⁶⁸ para actos de administración o de dominio y así el mandatario posea la plena capacidad jurídica para celebrar contratos.

La capacidad de las personas es una situación de suma importancia, porque permitirá al interesado integrar un consentimiento válido, es decir debe tener la

⁶⁷ Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. Edit Porrúa. Décimo Quinta Edición. México 1939 pag. 304.

⁶⁸ Cfr. Código Civil Para el Distrito Federal artículos 2546, 2553, 2554, 2555.

aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, sin las cuales el oferente (interesado) no podrá válidamente participar.⁶⁹

Las personas morales, que estén interesadas en el proceso licitatorio podrán participar de acuerdo a lo señalado por el artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“...Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Las Sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica...”

La incapacidad de las personas morales para contratar se establece en el artículo 12 del Código de Comercio “...los quebrados que no hayan sido rehabilitados...” Los interesados deben contar por un lado con la capacidad técnica para poder realizar las operaciones, obras o servicios y por el otro deben tener capacidad económica financiera para poder soportar con solvencia los compromisos del futuro contrato.

Requisitos objetivos. Los requisitos objetivos se dividen en objeto y precio, atendiendo lo relativo a la prestación requerida por el licitante (ente público), que puede ser una obra, servicio, arrendamiento, etc. El objeto se refiere a que la oferta debe vincularse forzosamente al pliego de condiciones e indicar además los pormenores de la prestación, como calidad, cantidad, lugar de entrega, entre otros, dependiendo de la

⁶⁹ En la legislación el artículo 1798, del Código Civil para el Distrito Federal señala: “...Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley...” Por otra parte la descripción de este artículo permite el cuestionamiento, cuáles son las personas exceptuadas por la ley; el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “...Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla...”

El Código de Comercio, señala quienes están exceptuados de poder dedicarse al comercio en su artículo 12: “...No pueden ejercer el comercio: I. Los corredores; II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados; III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión...”

naturaleza del bien licitado o modalidad del contrato. López Elías⁷⁰ menciona que la oferta debe contener entre otros los siguientes datos:

- Origen del bien cotizado.
- Garantía de seriedad y carta compromiso.
- Manifestación escrita de conocer el sitio de los trabajos.
- Catálogo de conceptos, unidades de medición y contenidos de trabajos;
- Programa de ejecución de los trabajos y utilización de maquinaria y equipo de construcción, y
- Calidad, cantidad, época y lugar de entrega de los bienes o trabajos ofertados.

El precio se refiere a la contraprestación solicitada por la obra, suministros, servicio o arrendamiento a contratar; el precio puede ser cierto o en dinero. En dinero, será la entrega de la erogación de los fondos públicos que por lo general se realiza en moneda nacional; cuando el precio sea cierto, se refiere a que haya una certeza e incondicionalidad en caso contrario la oferta puede ser rechazada.

Requisitos Formales. Son presupuestos de instrumentación que debe cumplimentar la oferta de cada uno de los licitadores, esos requisitos formales son los siguientes:

- escrita. La oferta rigurosamente debe ser por escrito, en el sentido de que la entrega de las proposiciones de oferta deben realizarse en dos sobres cerrados, en uno la propuesta técnica y en otro la económica; además, serán leídas las propuestas en la etapa de apertura. La escritura puede ser a maquina o a mano pues la ley no menciona nada al respecto, en cuanto al idioma, en caso de que la licitación sea de carácter internacional, cuando las propuestas sean en otro idioma deberán los interesados anexar la traducción simple correspondiente, y de manera general se realizarán las propuestas en castellano como lo señala el

⁷⁰ López Elías. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1999 pag 150.

artículo 271, del Código Federal de Procedimientos Civiles – de aplicación supletoria en la materia -:

“...Las actuaciones judiciales y promociones deben escribirse en lengua española. Lo que se presente escrito en idioma extranjero se acompañará de la correspondiente traducción al castellano. Las fechas y cantidades se escribirán con letra...”

- **firma.** La firma es un elemento de suma importancia, a través de ella se exterioriza la voluntad del interesado, además formaliza el acto jurídico que está realizando.
- **clara e incondicional.** Los términos que se utilicen en el desarrollo de la elaboración de la propuesta no deben de estar abreviados, así como tampoco la oferta misma como documento debe tener raspaduras, tachaduras, enmiendas o errores, en caso de que los hubiera debe ser salvado en el cuerpo de la oferta, de lo contrario la oferta seguramente será rechazada.
- **secreta.** La motivación de que la oferta sea secreta es con el fin de evitar confabulaciones entre un oferente (interesado) y otro, además de preservar el principio de igualdad entre los interesados, este principio constituye uno de los puntos de apoyo del procedimiento licitatorio. Es por ello que en tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen que las propuestas deben presentarse en sobre cerrado, ésta acción de alguna manera implica seguridad y estabilidad a la selección del oferente (interesado), evitando situaciones inadecuadas por el hecho de que un oferente tuviera conocimiento de lo que otro oferente está haciendo.
- **Lugar y fecha de presentación.** La oferta será entregada en el lugar día y hora en que sea señalado el día de presentación y apertura, de lo contrario no será

aceptada la oferta presentada en otro momento, aunque no se haya realizado el acto de apertura de ofertas. La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece que el plazo, en el caso de licitaciones nacionales, para la presentación y apertura de proposiciones será de cuando menos quince días naturales contados a partir de la publicación de la convocatoria y no inferior a veinte días naturales a partir de la publicación de la convocatoria, para las licitaciones internacionales; la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece los mismos plazos de vigencia para la presentación de las propuestas u ofertas.

La presentación de la oferta se realizará siguiendo todos los lineamientos de fondo y forma explicados anteriormente, con el objeto de que sea recibida para crear, modificar y establecer derechos y obligaciones entre el licitador (interesado) y licitante (ente público) y los demás licitadores, para que finalmente sea escogida de entre las demás, adjudicándose al realizador de la mejor oferta.

La recepción de la oferta es otro momento dentro del procedimiento de la oferta, pero que no produce efectos jurídicos, sino que simplemente es un acto de trámite en el que se obliga al ente público al análisis y estudio de la oferta, constituyendo a su vez el derecho del interesado (oferente) a seguir participando, en caso de que no reciban su propuesta se entenderá rechazado.

5. Apertura de Ofertas.

La apertura de las ofertas es una etapa del procedimiento licitatorio en la que se dan a conocer públicamente las propuestas que fueron presentadas por los interesados y recibidas por el ente público en el día hora y lugar establecidos; en la apertura de ofertas únicamente se revisará si las ofertas cuentan con los requisitos formales.

La presentación y apertura de ofertas de acuerdo con la ley, se llevará a cabo en dos etapas. En la primera los interesados entregarán sus propuestas en dos sobres cerrados uno de ellos contendrá la propuesta técnica y el otro la propuesta económica, se

procederá a la apertura de la propuesta técnica únicamente desechando las que hubieren omitido algún requisito exigido; los funcionarios y los participantes, rubricarán las partes de las propuestas técnicas presentadas.

En la segunda etapa, una vez conocido el resultado técnico, se procederá a la apertura de las propuestas económicas de los licitadores cuyas propuestas técnicas no hubieren sido desechadas y se dará lectura al importe total de las propuestas que cubran los requisitos exigidos.

Se levantará un acta para ambas etapas en la que se asentará todo lo actuado, como las ofertas que fueron aceptadas para su análisis, las que fueron rechazadas y el motivo del rechazo, se firmara por los asistentes no causando invalidez si alguno de los licitantes hubiere faltado, se pondrá a disposición de los que no asistieron para su notificación.⁷¹

6. Adjudicación

La etapa de la adjudicación se encuentra fundamentado en el artículo 134, Constitucional:

“...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...”

⁷¹ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, Artículo 37.

La adjudicación tiene lugar una vez concluida la etapa de valoración de las propuestas. Es el acto por el cual la administración (licitante) determina, reconoce, declara, y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual que completa el ciclo generador de acuerdo de voluntades.⁷² Es un acto administrativo que cuenta con efectos propios, pues el ente público (licitante) decide que oferta es la más ventajosa y la acepta.

Para poder decidir que oferta es la más ventajosa en cuanto a precio (mas bajo) y calidad (mejor tecnología) el ente público, dispondrá de asesores técnicos que cuenten con la capacidad para valorar las ofertas y así poder sugerir cuál es la que ofrece mejores condiciones para el Estado y posteriormente el ente público (licitante) es quién decidirá si es definitiva.

La decisión de la mejor oferta no es una apreciación ilimitada por las facultades discrecionales del ente público, ya que la discrecionalidad no es una manifestación pura de la libertad, sino que va vinculada al orden jurídico, en efecto la discrecionalidad no debe ser un poder ilimitado que tiene la autoridad para actuar libremente, sino que debe apegarse a las normas, principios y garantías legales y constitucionales que motivan y justifican su actuar.

Roberto Dromi⁷³ menciona "...La competencia de la autoridad para practicar el acto de adjudicación es discrecional, pero el objeto de ese acto es reglado. Por supuesto si no hubiere discrecionalidad en la adjudicación, ella perdería sentido, puesto que no añadiría nada a la clasificación; de igual forma si la elección del adjudicatario no fuere reglada, sería a su vez, su clasificación la que perdería todo propósito..."

Las facultades discrecionales son limitadas de diferentes maneras, una por lo establecido en las bases o pliego de condiciones de la licitación, otra que efectivamente

⁷² Cfr: Roberto Dromi. Licitación Pública. Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires, Argentina 1999. pag. 419.

⁷³ Ibidem pag. 435.

se elija la oferta más ventajosa, otra más, es que se debe dar razones y motivaciones de la propuesta elegida.

Algunos autores señalan que existe una preadjudicación en el momento en que se están evaluando las ofertas en cuanto a la capacidad técnica, económica, financiera y la aptitud de los oferentes (interesados) para hacer frente a los requerimientos establecidos en las bases y tomando en cuenta también el orden en escala de ventaja; otros autores consideran que la adjudicación es definitiva en razón de que el primer calificado tiene derecho a la adjudicación pues al considerarse su propuesta la más ventajosa será automáticamente adjudicatario. Como conclusión se puede decir, que la aprobación por parte del ente público (licitante) es lo que vuelve definitiva la adjudicación.

El acto de adjudicar tiene como antecesor una etapa que sucede al interior del ente público en la que se califica o evalúan las propuestas; tal afirmación se encuentra fundamentada en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas artículo 38 párrafo 5º Y 36 párrafo 5º de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que mencionan:

“Una vez hecha la evaluación de las proposiciones, se adjudicará de entre los licitantes, a aquél cuya propuesta resulte solvente porque reúne, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en las bases de licitación, las condiciones legales, técnicas, económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas...”

Cuando se presente un empate entre propuestas, por resultar ambas solventes porque satisfacen la totalidad de los requerimientos solicitados por la convocante, el contrato será adjudicado a quién presente la proposición cuyo precio sea más bajo, cuando se trate de contratos de carácter internacional, se adjudicará preferentemente al nacional; en estos casos se aplicarán la excepción que marca el artículo 36 de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 38 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, señalando que se pueden usar

mecanismos de puntos y porcentajes, cuando se demuestre la conveniencia de aplicar dichos mecanismos para evaluar objetivamente la solvencia de las propuestas. En materia de obras públicas, en los casos de asesorías y consultorías invariablemente se usarán mecanismos de puntos y porcentajes.

En caso de que se trate de una licitación Internacional, al evaluar las proposiciones, se deberán de revisar con sumo cuidado los porcentajes de contenido nacional e internacional al momento de que los extranjeros realicen sus propuestas, para que así nacionales y extranjeros se encuentren en situaciones de igualdad, así lo establece el artículo 14 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Después de que se ha establecido quién es el licitador (interesado) al que se le ha adjudicado el contrato, el ente público (licitante) emitirá un dictamen que es un documento en el que se hace constar el análisis de las propuestas y sirve de fundamento para el fallo que se dará a conocer en junta pública y a la que pueden asistir los licitantes que acudieron a la apertura y presentación de propuestas, se levantará el acta respectiva y se firmará por los presentes, no causando nulidad del acto la falta de algún licitante (funcionario del ente público); en caso de que no hubiere junta pública se le notificará el fallo a cada licitante por escrito dentro de los cinco días naturales siguientes. En este mismo acto del fallo se les proporcionará por escrito a los demás licitadores (interesado) las razones por las que su propuesta no fue ganadora. Contra el fallo del ente público procede únicamente la inconformidad.

Expuesta la etapa de adjudicación del contrato, no se puede ignorar, los vicios que pudieran presentarse en ésta figura, pues apegados a ley podría pensarse que resultaría difícil darle la vuelta, pero a la luz de la práctica, ¿cuántas son las licitaciones que se declaran desiertas por no contar, según, con propuestas adecuadas? ¿cuántas veces se ha adjudicado el contrato a la propuesta que en realidad no es la más favorable? ¿cuántas veces licitador (interesado) y licitante (ente público) están de común acuerdo con antelación al procedimiento licitatorio?. Ante estos vicios la única brecha abierta que

existe para los licitadores (interesados) que concurren ingenuamente a la convocatoria, es la inconformidad y en su momento el recurso de revisión.

7. Perfeccionamiento del Contrato.

El perfeccionamiento o formalización del contrato puede variar de acuerdo a cada clase de contrato y de lo exigido por la ley; como regla general, el contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades dando lugar al nacimiento de derechos y obligaciones⁷⁴.

En el caso de los contratos administrativos se perfeccionan con la notificación -al ganador de la propuesta-, de la adjudicación del contrato y posteriormente -dentro de los 20 o 30 días naturales, según sea el tipo de contrato- la firma del contrato, y en caso contrario el ente público (licitante) adjudicará el contrato a la siguiente proposición de solvencia más baja.

Si la firma no se realizara en el plazo establecido, habrá sanciones para ambas partes; en caso de que sea imputable al licitador (interesado) perderá la garantía otorgada a favor de la convocante (ente público) y se adjudicará a la siguiente propuesta de solvencia más baja. Cuando la dependencia sea la que no firme, podrá el licitador (interesado) solicitar por escrito que el ente público cubra los gastos no recuperables en que hubiere incurrido para preparar y elaborar su propuesta, siempre que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la licitación de que se trate.⁷⁵

Existen varias circunstancias que legalmente se contemplan para que la dependencia o entidad pueda cancelar o declarar desierta la licitación y que son las siguientes:

⁷⁴ El artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "...El contrato se forma en el momento en el que el proponente reciba la aceptación..."

En cuanto a la firma el artículo 1804, del mismo ordenamiento menciona que cuando el contrato sea escrito los documentos deben ser firmados.

⁷⁵ Cfr. Art 47 y 48 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y artículo 46 y 47 de la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

- a) La licitación se declarará desierta, cuando las propuestas presentadas no reúnan los requisitos de las bases de la licitación o sus precios no fueran aceptables, y expedirán una nueva convocatoria.
- b) La licitación se podrá cancelar por caso fortuito o fuerza mayor. De igual manera se cancelará cuando de la continuación del procedimiento licitatorio se pudiera causar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.

2.7 Contratos Administrativos.

La celebración de un contrato es el objeto final del procedimiento licitatorio, pero ¿cuál es la naturaleza de éste contrato? ¿cuál es la diferencia de éste contrato que se celebra entre la administración pública y el licitador y los que celebran los particulares?.

Para contestar estos cuestionamientos es necesario establecer primero qué es un contrato; el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1793, señala:

“... los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos...”

Los convenios, para entender más específicamente a los contratos son de acuerdo al artículo 1792 del Código Civil, que dice:

“...Los convenios es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones...”

Borja Soriano⁷⁶ ha sostenido la postura de que el convenio es el género y el contrato la especie, aplicándose las mismas disposiciones legales tanto para los contratos como para los convenios y otros actos jurídicos.⁷⁷

Los elementos que se requieren para la existencia de un contrato son:

1. consentimiento. Deber ser expreso -de manera verbal, por escrito o signos inequívocos- o tácito que resultará de hechos o actos que los presupongan. El consentimiento, es el elemento esencial del contrato, ya que las partes que intervienen en él manifiestan el acuerdo de sus voluntades aceptando el contrato formando así el consentimiento. En ocasiones el consentimiento se forma cuando una de las partes

⁷⁶ Cfr. Borja Soriano. Teoría General de la Obligaciones. Edit. Porrúa. Décimo Quinta Edición. México, 1939 pag. 112.

⁷⁷ Artículo 1859, las disposiciones aplicables a los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones de la ley sobre los mismos.

expone las condiciones del contrato y la otra parte simplemente acepta, otras veces se hace un proyecto de lo que podría ser el contrato modificándose las veces que sea necesario hasta que ambas partes estén satisfechas y aceptan el contrato.

La autonomía de la voluntad, no es completamente libre, por lo general los contratos se celebran por necesidades como, por ejemplo un órgano de la administración pública al no poder cumplir las necesidades de la misma por falta de tecnología acudirá a un procedimiento licitatorio para contratar el servicio deseado.

2. Objeto. El objeto será aquella cosa que el obligado debe de dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer; de acuerdo con los artículos. 1825, 1830, 1831, del Código Civil para el Distrito Federal. La cosa objeto de un contrato debe existir en la naturaleza (ser posible) determinada o determinable en cuanto a especie y estar en el comercio, además debe establecerse de acuerdo a las leyes y orden público o las buenas costumbres ya que en caso contrario el objeto sería ilícito.

Los elementos que se requieren para la validez de un contrato son:

1. Capacidad de las partes. El artículo 1798, del Código Civil para el Distrito Federal señala: "...Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley..."

2. Que el consentimiento no esté viciado, esto es que el consentimiento no será válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo⁷⁸.

3. Que el objeto o fin sean lícitos, esto es que el objeto debe establecerse de acuerdo a las leyes y orden público o a las buenas costumbres.

4. Que el consentimiento se manifieste como la ley lo establece.

⁷⁸ Cfr. Artículo 1812 y siguientes, del Código Civil para el Distrito Federal.

2.7.1 Diferencias entre contratos privados y contratos administrativos.

Después de mencionar los elementos que son indispensables para la existencia y validez de los contratos, corresponde analizar cuál es la relación que guardan los contratos privados y los contratos administrativos de derecho público y sus elementos, siendo necesario establecer cuál es la diferencia entre uno y otro, y porqué.

La figura jurídica del contrato es común tanto para el derecho público como para el derecho privado y se le calificará de civil, mercantil, administrativo, laboral, etc, es decir que el contrato será el género que presenta distintas especies, pero eso no quiere decir que el hecho de que sean distintas las haga opuestas.

El Estado como el mayor generador de empleos, de bienes y servicios no se sustrae al contrato sino todo lo contrario, busca el impulso de éste, pues las necesidades sociales y la aparición de nueva tecnología, obligan al Estado a buscar la colaboración de los sujetos privados, que más que unos simples proveedores se les considera colaboradores de la función administrativa, para el logro de fines comunes, en donde el colaborador aunque participe motivado por una remuneración económica, se une a la situación de necesidad que afectan a los sujetos que se encuentran en su misma esfera; transformando la colaboración del sujeto en un instrumento de solidaridad con el Estado; es así que el Estado decide contratar para hacer más eficiente la acción de la función administrativa, erogando recursos del gasto público para inversiones, los cuales están previstas en el Presupuesto de Egresos de la Federación. En este sentido, el Estado debe cuidar de manera minuciosa, en qué realiza esas erogaciones, razón por la que le indica a su colaborador (licitador) con certeza las obligaciones a las que está sujeto, pues la idea de que el Estado y el colaborador (licitador), son adversarios ha quedado atrás, y como se mencionó anteriormente son colaboradores, aún y cuando persigan intereses distintos.

El contrato será así una herramienta de la técnica de colaboración en la función administrativa.

Específicamente el contrato administrativo tiene varias corrientes que tratan de explicar cuál es la diferencia entre un contrato de derecho privado y un contrato administrativo de derecho público.

Una de estas corrientes señala que no basta que se le atribuya el carácter de administrativo a un contrato por el hecho de que participe en él un órgano de la administración pública, ni tampoco su jurisdicción de contencioso administrativo, ya que éste se desprendería de la naturaleza misma del contrato (criterio subjetivo jurisdiccional).

Otra corriente (francesa) señala que tampoco podría atribuirse el carácter de administrativo a un contrato en razón de que van dirigidos a la organización del servicio público, pues tal criterio lo consideran inadecuado para fundamentar la categoría del contrato administrativo (criterio prestacional).

Una tercera corriente señala que podría tener el carácter de administrativo en cuanto a que tiene una utilidad pública como objetivo (criterio finalista).

Hay muchas otra corrientes que tratan de establecer cuáles son las características básicas de un contrato administrativo y como consecuencia éstas serán las que marquen la diferencia con los contratos de derecho privado.

No puede recaer en un solo elemento el determinar si un contrato es de carácter administrativo regulado por la normas de derecho público o un contrato de derecho privado, sino que se considera que lo más adecuado sería establecer una concurrencia de circunstancias y sobre todo de elementos característicos del derecho administrativo, así en primer lugar se observaría que en un contrato administrativo concurrieran:

1. El criterio subjetivo, en cuanto a que en el contrato se diera la participación de un órgano de la administración pública que esta en ejercicio de la función administrativa, como una de las partes que participa en la celebración del contrato y que manifiesta su voluntad de contratar motivada por la necesidad de satisfacer una utilidad pública.

2. Esta utilidad pública⁷⁹ se presenta como otro elemento que le da carácter de administrativo al contrato –que constituye el principal objetivo del procedimiento licitatorio- pues si la administración pública tuviera intereses no colectivos sino propios, efectivamente el contrato sería de derecho civil, aunque una de las partes fuera de un órgano de la administración pública, razón que hace denotar que no basta con que una de las partes sea un órgano de la administración pública si no persiga una utilidad pública y resulta que el concepto de utilidad pública es tan vago e impreciso, que cualquier cosa cabe en el mismo, pues basta que el Estado esté obligado a satisfacer necesidades de la colectividad, para que se autorice la utilidad pública.

3. El contrato administrativo contendrá cláusulas exorbitantes, entendiéndose éstas últimas como aquellas que permitirán a una de las partes – en este caso al órgano de la administración pública- a modificar el contrato, por lo que resultan inusuales en el derecho privado, incluso se consideran ilícitas pues sobrepasan el ámbito de éste derecho, ya que las partes contratantes se encuentran en un plano de desigualdad pues la administración se encuentra en una situación de superioridad jurídica respecto al sujeto privado (licitador); estas cláusulas pueden presentarse o no por lo que no son causa, y tampoco condición del contrato administrativo ni consecuencia pues no forzosamente se presentan, aunque sí de manera general no de manera obligatoria, constituyendo más bien un elemento de distinción. Prueba de la superioridad jurídica del Estado, que el propio artículo 4 del Código Federal de Procedimientos Civiles, prevé que no podrán dictarse medidas de apremio en contra de éste.

Como último punto de diferencia entre los contratos privados y los contratos administrativos, se cita la definición de Roberto Dromi⁸⁰ sobre los contratos administrativos “...es toda declaración bilateral de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ...”, en relación a esta definición, cabe mencionar que en la legislación

⁷⁹ Utilidad pública. Latín *utilitas*. Beneficio que según declaración oficial de la autoridad pública se espera procurar para la sociedad. Thesaurus Diccionario Jurídico. Programa de computo.

⁸⁰ Cfr. Roberto Dromi. Licitación Pública. Edit. Abeledo Perrot Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina 1999 pag. 25.

mexicana no existe una definición de lo que son los contratos administrativos pues se considera que incluir definiciones en la ley va en contra de la técnica legislativa, por otra parte tampoco a nivel jurisprudencial se ha realizado un concepto, lo más cercano a determinar qué son los contratos administrativos, es la jurisprudencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene:

Quinta Época
Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación.
Tomo: CVIII
Página 17

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO
NATURALEZA DE LOS. "...Para determinar la naturaleza de los contratos que el poder público celebra con los particulares, debe atenderse a la finalidad que se persiguió al celebrarlos. Cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, se está en presencia de un contrato administrativo ; en cambio, cuando el Estado contrata sin compromiso para el cumplimiento a sus atribuciones, el contrato que se celebre será de naturaleza civil, y por ende, el derecho común regirá la situación jurídica particular creada..."

Amparo Administrativo en revisión 1689/50. Torres García Rafael. 2 de abril de 1951. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Alfonso Ramírez.

El autor Jorge Fernández Ruíz define al contrato administrativo como: el celebrado entre un particular o varios y la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, para satisfacer el interés común, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

De esta definición resultan varias reflexiones que el autor hace y que se considera de importancia citar por relacionarse muy estrechamente con las corrientes anteriormente mencionadas, así como las diferencias entre los contratos privados y los contratos administrativos, además de que toma en cuenta la situación en México y son, entre otras, las siguientes:

1. Los contratos celebrados entre particulares no pueden ser administrativos.

2. No serán administrativos los contratos celebrados por personas de derecho público, sin implicar el ejercicio de función administrativa, sin satisfacer el interés público o sin sujetarse a un régimen exorbitante del derecho privado.

3. Podrán ser administrativos no sólo los contratos celebrados por la administración pública centralizada o paraestatal, sino también las áreas administrativas del poder legislativo y judicial y los órganos constitucionales autónomos siempre y cuando realicen una función administrativa, satisfagan el interés público y se sujeten a un régimen exorbitante de derecho público.

4. En México, la competencia de los tribunales administrativos para conocer de los conflictos de un contrato no es factor para determinar que el contrato sea administrativo tomando en cuenta que en muchas entidades federativas de la República no existen tribunales de este tipo.

Una vez establecidos corrientes, criterios, y definiciones, se pueden establecer los elementos que dan existencia al contrato administrativo y estos son:

1. Elementos de existencia esencialmente básicos:

a) Consentimiento. Es decir debe haber una declaración de la voluntad concurrente por parte del Estado, que se manifiesta a través de un órgano⁸¹ de la administración pública – al hacer un llamado a licitar – por una parte y de un particular por la otra – que manifiesta su voluntad cuando concurre - la declaración de la voluntad por parte del Estado debe ser:

- espontánea y libre.
- dentro de las facultades del órgano.
- no debe estar viciada por error, dolo, violencia, etc.
- debe expresarse en los términos previstos por la ley.

⁸¹ Órgano del Estado, es un conjunto de elementos materiales y personales que con estructura jurídica y competencia para realizar una determinada actividad de Estado. Miguel Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo, Edit. Porrúa, México, 1996, pag. 83.

b) Objeto. Los contratos administrativos, tienen por objeto una obra pública, un servicio público o un arrendamiento público etc, como ya se estableció anteriormente el objeto debe ser lícito, determinado o determinable y estar de acuerdo con la ley y las buenas costumbres; sin embargo existe la excepción de que las cosas que estén dentro del comercio no pueden ser objeto de contratos privados, pero si de contratos administrativos, como es el caso de la concesión de uso de bienes del dominio público.

2. Elementos esenciales que están implícitos en los dos anteriores.

a) Sujetos. Que por un lado será el Estado en su función administrativa a través de los órganos de la administración pública como son: los organismos desconcentrados, centralizados, descentralizados, empresas estatales y mercantiles del Estado y fideicomisos públicos. La otra parte serán las personas físicas y jurídicas nacionales o extranjeras.

b) Causa. Que se traduce en el crecimiento de necesidades colectivas tanto sociales como económicas.

c) Finalidad. Comprende todas aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y relevante.

Dentro del género de los contratos administrativos hay diferentes especies en razón del papel de las partes y sus finalidades, por lo que los contratos pueden ser:

1. De colaboración o atribución. Esta clasificación es en razón de la función de las partes en cuanto a sus prestaciones, así en el de colaboración lo que más destaca es la prestación que el particular le debe al Estado, convirtiéndose de ser un contratista privado en un colaborador de la función administrativa; en este tipo de contratos administrativos de colaboración en caso de duda, la interpretación será a favor de la administración por la naturaleza de la actividad que se ha contratado (ejemplo obra pública).

Los contratos de atribución se caracterizan por la prestación que otorga el Estado en este tipo de contratos y en caso de duda la interpretación se resolverá a favor del contratista (ejemplo concesión de servicio).

2. De acuerdo a su tipicidad. Los contratos pueden ser típicos o atípicos en razón de que se encuentren regulados en la ley o no, serán típicos los que tengan una regulación en la ley y cuenten con una norma jurídica (nominados) no así los atípicos que carecen de una regulación⁸².

Los contratos administrativos de acuerdo al artículo 45 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 46 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, deben tener como mínimo cierto contenido y es el siguiente:

- a) La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato.
- b) La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato.
- c) El precio unitario y el importe total por la prestación respectiva.
- d) La fecha, lugar y condiciones de entrega.
- e) Forma y término para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato.
- f) Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes o servicios.
- g) Porcentajes, números y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen.
- h) Descripción pormenorizada de los trabajos que deben ejecutar.
- i) Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos.

⁸² En relación a éste último el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "...Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento..."

La ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece que en los contratos deben establecerse como mínimo cuáles son las causales y el procedimiento por el que se puede dar por rescindido el contrato, así como también establece que deben contener los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras y previsibles exclusivamente de carácter técnico y administrativo, que no impliquen una audiencia de conciliación; estas situaciones no son consideradas como mínimo de contenido en los contratos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

2.7.2 Extinción de los contratos administrativos.

La manera normal de terminación de los contratos administrativos son:

1. **Vencimiento del plazo.** Esta manera de extinguir los contratos, lo es en razón de que en las cláusulas del contrato se estipule un plazo cierto y determinado de duración, en los que generalmente los plazos son de tracto sucesivo – esto es que el plazo no se agota con un solo acto, sino con una serie de actos por lo que prolonga su eficacia en el tiempo -; el plazo será el lapso de tiempo en que debe cumplirse la prestación principal, en caso de que haya un atraso en el cumplimiento del contrato en las fechas pactadas de entrega o de la prestación de un servicio, deben pactarse penas convencionales. El vencimiento del plazo no genera de inmediato la cesación del contrato, sino que va acompañado de otras dos situaciones mas; la primera la entrega y recepción del objeto al que estaba obligado el licitador y la segunda la reintegración de la garantía al proveedor o contratista (licitador) ya que la garantía no se reintegra de inmediato, sino que debe pasar un lapso de tiempo, en caso de que la obra o el suministro o el servicio, etc. resulten con algún defecto y así la garantía responderá por ello.

2. **Cumplimiento del Contrato.** En las cláusulas del contrato de que se trate se establecerá cuál será el acto formal, para que la administración pública manifieste que en efecto el contrato ha sido cumplido.

Hay otras razones que no se consideran la manera normal en que termina un contrato y pueden ser imputables al licitador (interesado) o no, un ejemplo en donde el licitador(interésado) fuera responsable de la extinción del contrato de manera anormal, sería por incumplimiento del contrato, es decir, sería una causa de rescisión del contrato, en el que se debe hacer un comunicado al proveedor o contratista (licitador) del incumplimiento en el que ha incurrido y una vez informado, procederá defenderse y por ultimo el órgano de la administración pública deberá de motivar y fundar la resolución de si da o no por rescindido el contrato; otro ejemplo de rescisión, es en el que el licitador fuera ajeno a la terminación anormal del contrato, podría ser, cuando la

administración pública (licitante) por razones de utilidad pública o interés público extingue unilateralmente el contrato.

Estas son entre otras algunas de las maneras anormales en que se extingue un contrato, pero en las cláusulas del mismo pueden establecerse de manera particular, cuándo se extinguirá el contrato tanto las normales como las anormales.

2.7.3 Tipos de contratos administrativos.

No todos los contratos administrativos son iguales, se distinguen de acuerdo al tipo de utilidad pública que persiguen y son:

1. **Contrato de obra pública.** La obra pública constituye uno de los contratos más antiguos de la administración pública y no sólo antiguo sino también uno de los más importantes, ya que gran parte de la construcción de los caminos, puentes, edificios públicos, estaciones aéreas, las relativas al agua, etc. son derivados de la obra pública, - por su cuantía que suele ser elevada, por la frecuencia de su celebración y por ser uno de los primeros celebrados por la administración pública - ha trascendido tanto la obra pública que se le ha realizado una ley con su respectivo reglamento para regularla y es la ya mencionada, en repetidas ocasiones, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM).

La Obra Pública,⁸³ puede definirse como el bien (mueble o inmueble) y objetos materiales que pertenece a una entidad estatal o no estatal, y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general. Este concepto abarca el aspecto objetivo - comprende bienes muebles e inmuebles y objetos materiales - ,el subjetivo -la obra pública pertenece a una persona pública estatal o no, siempre y cuando tenga atribuciones o competencias públicas por mandato del Estado - y finalista -va destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo - .

El profesor emérito Andrés Serra Rojas⁸⁴ definió la obra pública como una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre sobre, un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o cualquier finalidad de beneficio general.

⁸³ Cfr. Roberto Dromi. Licitación Pública. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1999 Pag. 560.

⁸⁴ Cfr. Andrés Serra Rojas. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Décima Edición. Tomo II. México, 1981 pag. 514.

La obra pública suele clasificarse a partir del tipo de trabajo que se vaya a realizar o la necesidad que se vaya a cubrir y en este sentido serán:

“... ”

Agua	{ presas obras para irrigación sistema de agua potable drenaje urbano.
Transporte	{ metro carreteras urbanización pavimento alcantarillado arterias viales aeropuertos puertos y otros.
Electricidad y Comunicaciones	{ instalación telefónica postes de teléfono y luz plantas generadoras de energía eléctrica, etc.
Edificios Públicos	{ escuelas públicas vivienda hospitales oficinas gubernamentales, etc.
Infraestructura para la Explotación de Recursos no Renovables	{ petróleo petroquímica perforación de pozos plantas de almacenamiento y distribución, etc.

Agropecuaria y Recursos Naturales { desmontes
subsuelos
instalaciones para la cría
nivelación de tierras
obras para la conservación de tierras, agua y aire en general.

Comunicaciones { satélites
antenas
emisoras de radio y T.V.

Otras Obras Públicas { se ubican las que cuyo monto
de inversión son muy pequeñas.

... 85

Después de haber establecido qué es la Obra Pública, es necesario mencionar ahora el contrato administrativo que da lugar a su realización; el autor Jorge Fernández Ruiz⁸⁵, señala que el contrato de obra pública es el negocio jurídico bilateral, sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminada a modificar o afectar al Estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual.

Las características del contrato administrativo de Obra Pública son de manera general las siguientes:

⁸⁵ Cfr. Canals Arenas. El Contrato de Obra Pública. Edit. Trillas México 1991 pags 76 y 77

⁸⁶ Jorge Fernández Ruiz. Contratos Administrativos. Edit. Porrúa. México, 2000. pag. 238.

- a) Bilateral. Ambas partes (administración pública y contratante – licitador-) al celebrar el contrato de obra pública contraen derechos y obligaciones de manera recíproca.
- b) Oneroso. Ambas partes pretenden obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente, pues tanto la administración pública como el contratante tienen un interés pecuniario.
- c) Conmutativo. Tiene esta característica pues ambas partes pueden saber, desde el principio del contrato, la pérdida a la que están sujetos o el beneficio que se puede generar sin que éste acontecimiento sea incierto por lo que no es aleatorio sino conmutativo.
- d) Principal. El contrato de obra pública existe por sí sólo y tiene un propósito específico y propio sin sujetarse su validez y existencia a otro contrato.
- e) Tracto Sucesivo. Es un contrato que no se agota en un sólo momento sino que su cumplimiento se prolonga en el tiempo ya que su ejecución se realiza en momentos separados.
- f) Formal. La elaboración del contrato de obra pública es formal ya que debe constar por escrito.
- g) Típico. Se identifica el contrato de obra pública como típico, toda vez que se encuentra regulado en la ley y tiene una normatividad jurídica.
- h) Contrato de Adhesión. Es así porque el contenido del contrato de obra pública es predeterminado en una gran parte por la administración pública, pero siempre apeándose a la ley y debe adherirse el contratista (licitador) que desea celebrarlo.
- i) Intuitu personae. Es una característica de suma importancia pues le da un fondo objetivo al contrato de obra pública así como al procedimiento licitatorio, ya que el contrato no puede ser transferido o subcontratado por el licitador que haya ganado la licitación, pues adquirió el carácter de contratista en virtud de sus cualidades personales, sin embargo puede darse el caso que la administración pública autoriza al contratista a subcontratar, para que un tercero realice partes de la obra.

A pesar de la importancia que la obra pública tiene como figura de desarrollo, tanto de la administración pública (centralizada o paraestatal) como de los intereses colectivos de los gobernados, resulta difícil imaginar la falta de doctrina, jurisprudencia y legislación que hay en relación a tan importante figura, pues no sólo representa la mera construcción de carreteras, drenajes, edificios públicos, aeropuertos, etc, sino que fuera del contexto de satisfacer una necesidad colectiva, es generadora de empleos y estos a su vez de recursos económicos que serán erogados en satisfacer necesidades individuales del gobernado, destinados en ocasiones al pago de un servicio público o al cumplimiento de la obligación constitucional de contribuir con este gasto de manera proporcional y equitativa (artículo 31 fr. IV constitucional), es decir pagando impuestos, parte de los cuáles se destinarán a la obra pública, generándose un ciclo de beneficio social entre administración pública y gobernado.

2. Contrato administrativo de adquisición de bienes muebles. No existe una definición legal del contrato de adquisición de bienes muebles, pero se puede partir de que al tratarse de un contrato administrativo, una de sus partes debe ser necesariamente el Estado, que puede obtener los bienes muebles que quiera para el logro de sus fines de interés público, por lo que: puede entenderse al contrato de adquisiciones de bienes muebles, como aquel en que una persona llamada proveedor, se obliga a transmitir la propiedad de uno o varios bienes muebles al Estado, o alguna de sus personas de derecho público para el logro de sus fines, quien a su vez se obliga a pagar una remuneración en dinero. Hay dos clases de contrato de adquisición de bienes muebles, que son: el contrato abierto de adquisición de bienes muebles, que se le equipara con el de suministro y el contrato cerrado, que se equipara al contrato administrativo de compraventa. El contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, se encuentra regulado en la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), en su artículo 47.

Las características del contrato administrativo de adquisición de bienes muebles son de manera general las siguientes:

- a) Bilateral.
- b) Oneroso.
- c) Formal.
- d) Principal.
- e) Intitui Personae.
- f) TraslATIVO de Propiedad.
- g) Tracto Sucesivo o Instantánea., cuyas definiciones han quedado precisadas con anterioridad.

2. **Contrato Administrativo de Arrendamiento de bienes muebles.** Existen dos tipos de contratos administrativos de arrendamiento de bienes muebles uno es el ordinario y el otro es el financiero, el ordinario puede entenderse como aquel celebrado entre uno o varios particulares y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, mediante el cuál ambas partes se obligan recíprocamente, a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la otra al pago, por ese uso o goce, de un precio cierto, para satisfacción del interés público, con sujeción a un régimen del derecho privado. La definición de Fernández Ruiz⁸⁷ acerca de lo que se entiende por contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles ordinario, no es lejana a lo que el Código Civil para el Distrito Federal, señala como el contrato de arrendamiento, con la evidente diferencia de que una de las partes debe ser necesariamente la administración pública realizando una función administrativa.

Las características del contrato de arrendamiento de bienes muebles son semejantes a las del contrato de adquisiciones de bienes muebles, pero atendiendo a sus propósitos y estos son: bilateral, oneroso, formal, principal, intuiti personae, de tracto sucesivo, y traslativo de uso. Nótese la excepción de que sólo es de tracto sucesivo y no instantáneo como el contrato anterior, se encuentra regulado en la LAASSP.

⁸⁷ Cfr. Fernández Ruiz. Derecho Administrativo. Contratos. Edit. Porrúa. México, 2000. pag. 335.

El segundo tipo de contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles, o sea el financiero, surge de las necesidades financieras de los arrendatarios que, a través de esta figura, podían utilizar los bienes sin necesidad de ser los propietarios sino que únicamente se realizaba el pago periódico de cierta cantidad, existiendo la posibilidad de adquirir el bien más adelante, es decir al término del contrato; el contrato administrativo de arrendamiento financiero se encuentra regulado en la LAASSP.

En términos generales el contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles, como el que con sujeción a un régimen exorbitante de derecho ordinario, celebra con una dependencia o entidad de la administración pública, en aras del interés público, con el propósito de financiar la utilización de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines; mediante el pago de remuneraciones periódicas, durante un plazo determinado, sin pretender la traslación de la propiedad, la que eventualmente se realizará al concluir el plazo del contrato.⁸⁸

Las características de este contrato son: bilateral, oneroso, intuiti personae, principal, nominado, formal, tracto sucesivo, traslativo de uso y eventualmente traslativo de dominio, o sea semejantes a las características de los tipos de contratos anteriores.

4. Contrato Administrativo de Prestación de Servicios. Este contrato al igual que los dos anteriores es regulado por la LAASSP, siendo sus características contractuales las siguientes: bilateral, oneroso, principal, intuiti personae, nominado, formal y de tracto sucesivo. El contrato administrativo de prestación de servicios, va dirigido a satisfacer un requerimiento específico, que la administración pública hace a un particular a cambio de una contraprestación, el requerimiento puede ser de limpieza, vigilancia, etc.

5. Contrato Administrativo de Suministro. El contrato de suministro, tiene cierta complejidad al identificarse con el contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, pues esencialmente son muy parecidos, pero con una situación de fondo que es lo que los hace ser diferentes en su naturaleza; el contrato de suministro puede

⁸⁸ *Ibidem*, Pag. 340

entenderse, como el contrato por el cual un proveedor se compromete a proporcionar a la administración los bienes muebles que ésta necesite a cambio de una remuneración periódica; como puede observarse, en efecto, parecen ser figuras muy parecidas, pero hay características que los hace diferentes que se podrán observar más claramente en el siguiente cuadro:

Contrato administrativo ordinario de adquisición de bienes muebles. (compraventa)	Contrato administrativo de suministro.
<ol style="list-style-type: none"> 1. Existe una necesidad de la administración pública. 2. El proveedor se obliga a transferir la propiedad de bienes muebles idénticos. 3. La prestación a la que se obliga el proveedor es única aunque sea fraccionada. 4. Aunque las entregas del bien sean parciales o fraccionadas no se convienen pagos específicos para cada entrega. 5. El monto del precio es único porque la cuantía de los bienes está determinada. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Existe una necesidad duradera de la administración pública. 2. El proveedor se obliga a transferir la propiedad no sólo de un bien mueble. 3. Existe una pluralidad de prestaciones concatenadas en el tiempo sin la exigencia de un nuevo consentimiento, para cada prestación a la que se obliga el proveedor, que serán entregadas de manera sucesiva. 4. El monto del precio no siempre es determinado y cierto, porque no se precisa la cuantía de los bienes, además como son diferentes bienes, no puede ser un precio unitario.

Las características contractuales del contrato administrativo de suministro son: nuevamente bilateral, oneroso, formal, conmutativo, principal, de ejecución inmediata o de tracto sucesivo, típico, de adhesión, en algunos casos *intitui personae*, cuando la administración pública es la suministrada, cuando es la suministradora, no será *intitui personae* porque se trata de la contratación de un servicio público para toda la población (ejemplo el suministro de energía eléctrica).

6. Otros Contratos. En esta clasificación entra lo que se conoce como el contrato de empréstito público, y contrato de función pública y empleo público, estos tienen la naturaleza de ser contratos administrativos ya que una de sus partes siempre será la administración pública o alguno de sus órganos, cuando se encuentren realizando una función administrativa y con un interés público invariablemente.

El primero de estos contratos o sea el de empréstito, se entiende como aquel por el cual el Estado en cumplimiento de sus fines, recibe de otra persona una cantidad de dinero o divisas que se obliga a devolver, en la misma especie en fecha y lugar determinados, pagando además un interés; esta definición podría dar la idea de que el empréstito es un préstamo que hace un particular al Estado, para el cumplimiento de sus fines pero que se le llama empréstito y no préstamo, por ser público, es decir: el Estado está generando una deuda para sus gobernados, porque a través de sus contribuciones es como se pagará el empréstito otorgado por el particular, que si tiene los recursos necesarios para hacer frente a las necesidades del Estado.

El contrato de empréstito público está regulado principalmente por la Ley General de Deuda Pública, facultándose a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya que es la que está encargada de contratar los empréstitos de acuerdo con la situación que prevalezca en los mercados de capital y todo ello con facultades discrecionales.

Otro de los contratos en comento es el de función pública y empleo público, lleva esa denominación toda vez que la función pública está íntimamente ligada con el empleo público, pues si se entiende a la función pública como el ejercicio de atribuciones esenciales del Estado que implica soberanía e imperio, alguien habrá de realizar esa función administrativa, en efecto, esta función pública es realizada por personas físicas que serán denominadas empleados públicos y que su voluntad trasciende como voluntad del Estado, por eso existe una normatividad que regula su actuar y su responsabilidad. El contrato de función pública y empleo público es un acto jurídico-unión de carácter administrativo, porque el Estado contrata con una persona física para la realización de

un trabajo que será personal y subordinado, recibiendo una retribución, regulado por el artículo 123 Constitucional apartado A o B.

Estos son de manera general, algunos de los contratos que puede celebrar la administración pública para el logro de sus fines, a través del procedimiento licitatorio; sin embargo, existe una incertidumbre en la regulación de los contratos administrativos, pues como se ha visto, algunos de ellos no se encuentran regulados en un mismo ordenamiento, sino que se encuentra de manera dispersa esa regulación, como es el caso de los contratos que celebran los Poderes Judicial Y Legislativo de la Federación, o los contratos que celebran los Estados y Municipios; Países como Francia, España y Argentina cuentan con una doctrina amplia que aunque no sea precisamente clara o congruente entre sus doctrinas, existe como un punto de partida o fundamento para la contratación administrativa y así debatirla, modificarla y por último perfeccionarla; ojalá que en México profundice en su sistema jurídico para lograr una evolución de auténtica transparencia honestidad y eficacia en los procedimientos licitatorios.

2.7.4 Contratos internacionales.

Los contratos administrativos expuestos en el punto anterior, pueden tener la naturaleza de ser internacionales por lo siguiente: La licitación pública es el procedimiento, para:

1. elegir al interesado (licitador) que contratará con la administración pública y
2. para celebrar el contrato con el interesado (licitador) que resulte ganador;

Dicho contrato puede ser cualquiera de los mencionados en el punto 2.7.3, o sea, el de obra pública, suministro, concesión, etc. Ahora bien tanto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) como la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) establecen, que las licitaciones públicas pueden ser internacionales, en las que podrán participar tanto personas de nacionalidad mexicana como extranjera y los bienes a adquirir sean de origen nacional o extranjero en los siguientes casos:

1. Cuando resulte obligatorio conforme a lo establecido en los tratados.
2. Cuando previa investigación de mercado que realice la dependencia o entidad, no exista oferta de proveedores nacionales respecto a bienes o servicios en cantidad o calidad requeridas o sea conveniente en términos de precio.
3. Cuando habiéndose realizado una de carácter nacional, no se presenta alguna propuesta o ninguna cumpla con los requisitos de las licitaciones nacionales.
4. Cuando así se estipule para las contrataciones financiadas con créditos externos otorgados al gobierno federal con su aval.

Cabe señalar que podrá negarse la participación a extranjeros en licitaciones internacionales, cuando con el país del cual sean nacionales no se tenga celebrado un tratado y ese país no conceda un trato recíproco a los licitantes, proveedores, bienes o servicios mexicanos. Al ser las licitaciones internacionales el procedimiento que trae como resultado la celebración de un contrato, éste será por lo tanto de carácter internacional.

¿Qué se entiende por contratos internacionales?: Es un contrato es internacional si las partes del mismo tiene su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte.⁸⁹

El Convenio de Roma⁹⁰ de 1980, considera que la internacionalidad de un contrato implica un conflicto de leyes, es decir cuando hay presentes uno o varios elementos de extranjería en relación con un país; por ejemplo cuando tengan diversas nacionalidades los contratantes o que la ejecución de la obligación sea en el extranjero.

Después de haber establecido porqué son internacionales los contratos, ha de mencionarse que al referir "...el contrato será internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o establecimiento en los Estados parte diferentes...", las partes en la presente investigación serán Estados Unidos, Canadá y México, todos ellos formando parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (TLCAN, NAFTA en inglés), esto quiere decir que los contratos que se celebren entre estos Estados parte, tendrán el carácter de internacionales y serán regulados por el TLCAN.

Constitucionalmente se ha establecido que los tratados son Ley Suprema de toda la Unión (artículo 133 Constitucional), dada la importancia de esta situación, el 2 de enero de 1992 se expide la Ley Sobre la Celebración de Tratados. El TLCAN, es sin duda el tratado de comercio más importante que ha celebrado México, quizá porque representa el instrumento por el que operan más de tres cuartas partes de su comercio internacional que realiza con Estados Unidos, además de que guarda una cercanía territorial, y es una de las potencias industrial, militar y económicamente más importante del mundo sino es que el más importante.

⁸⁹ Artículo I de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F. el 17 de marzo de 1994.

⁹⁰ Cfr. Marina Vargas Gómez, Contratación Internacional en el Sistema Interamericano, Edit. Oxford, México 2000, pag 97.

Dentro del TLCAN, se encuentra el capítulo X denominado "Compras del Sector Público," regula lo relativo a la contratación y a la figura de la licitación internacional - debe aclararse que por compras debe entenderse cualquier adquisición por compra⁹¹, arrendamiento o alquiler, con o sin opción de compra -, dicho capítulo se encuentra integrado de la siguiente manera:

Cuatro secciones divididas de la "A" a la "D" cuenta con anexos y apéndices.

Sección "A"
Ámbito de Aplicación y Trato Nacional

- Ámbito de aplicación
- Valoración de los contratos
- Trato nacional y no discriminación
- Reglas de origen
- Denegación de beneficios
- Prohibición de condiciones compensatorias especiales
- Especificaciones técnicas.

Sección "B"
Procedimiento de Licitación

- Procedimiento de licitación
- Calificación de proveedores
- Invitación a participar
- Procedimientos de licitación selectiva
- Plazos para la licitación y la entrega
- Bases de licitación
- Disciplinas de negociación
- Presentación, recepción y apertura de ofertas y adjudicación de contrato
- Licitación restringida.

Sección "C"
Procedimiento de Impugnación

- Procedimientos de impugnación.

⁹¹ Compra. Operación jurídica dirigida a la adquisición de un objeto mueble o inmueble, mediante el pago de un precio. Es el contrato de venta encarado desde el punto de vista del comprador. En el lenguaje corriente se llama así a la cosa comprada. Diccionario Jurídico Thesaurus. Programa de computo.

Sección "D"
Disposiciones
Generales

Suministro de información
Cooperación técnica
Programas de participación conjunta
para la micro y pequeña empresa
Rectificaciones o modificaciones
Enajenación de entidades
Negociaciones futuras
Definiciones.

Este capítulo denominado "Compras del Sector Público" será aplicado a las adquisiciones de los gobiernos federales de las partes y de las empresas gubernamentales de una entidad, de un gobierno estatal o provincial.

La contratación administrativa, es para el Estado de suma importancia ya que permite fomentar el crecimiento económico de los Estados mediante la inversión de las empresas extranjeras, sin embargo los contratos administrativos públicos abordan una serie de problemas, sin duda de ser tipificados como de Derecho Internacional Privado, que tiene por objeto determinar en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuándo ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación. El Derecho Internacional Privado, tiene aplicación en dos ámbitos diferentes de la Administración Pública, por un lado la presencia del elemento extranjero nacionalidad o lugar de celebración y por otro la ejecución fuera del territorio nacional. Se debe tener presente que en el exterior (ámbito internacional) no existe distinción entre los contratos administrativos y los de derecho privado sino simplemente "contratos internacionales de las administraciones públicas."

CAPITULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

3.1 La Administración Pública Federal y su ley orgánica.

El régimen jurídico y de la licitación pública se contiene el derecho que va a regir y regular las licitaciones públicas y contratos administrativos, como resultado del procedimiento licitatorio.

Previo al análisis del régimen jurídico de la licitación pública es conveniente conocer, cómo está estructurada la administración pública con el fin de identificar a los organismos que pueden y deben licitar.

Administración pública es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo; tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (legislativo y judicial) y persigue un interés público. Desde el punto de vista de su función, se entiende como la realización de la actividad que corresponde a los órganos del Estado.⁹²

Orgánicamente – es decir desde el punto de vista de sus estructura – la administración pública federal está constituida por la Presidencia de la República, Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos (que no existen materialmente), Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, Procuraduría General de la República y todos los órganos descentralizados, desconcentrados, las empresas, sociedades mercantiles de Estado y fideicomisos públicos.

El artículo 90 constitucional establece los dos tipos de administración pública federal de la siguiente manera:

“...La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de

⁹² Cfr. Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Edit. Porrúa México 1996. pags. 79, 81.

las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos...”

La administración pública centralizada es aquella donde un órgano central único – en éste caso el ejecutivo – dirige a un conjunto de órganos administrativos con los que tiene una relación jerárquica directa. La ventaja de esta forma de organización, si así se le puede llamar, es que a través de la concentración del poder y de la relación jerárquica que guarda con sus subordinados, permite una línea decisoria unificada. Comúnmente les da el nombre de dependencias y entidades paraestatales, que son los órganos vinculados directa o indirectamente al ejecutivo federal por una relación de subordinación jerárquica que los faculta a actuar en su nombre.

La doctrina habla de poderes y facultades que se derivan de la relación jerárquica y estos “poderes” son: de decisión, nombramiento, de mando, de revisión, de vigilancia, disciplinario y para resolver conflictos de competencia.

La administración pública paraestatal en rigor semántico se refiere a “lo que no corresponde al Estado” y equivale a lo que se llama descentralización administrativa federal, que surge como una necesidad de despachar los servicios públicos de una manera más eficaz y rápida, evitando los largos procedimientos propios de los entes centralizados. Comúnmente a sus órganos se les da el nombre de entidades paraestatales.

La descentralización administrativa, es una forma de organización de entes que pertenecen al poder ejecutivo y cuentan con las siguientes características⁹³:

1. Creados por ley del congreso o por decreto presidencial.
2. Tienen personalidad jurídica propia y diferente a la del Estado.
3. Cuentan con patrimonio propio.
4. Cuenta con autonomía jerárquica respecto del órgano central.
5. Realizan una función administrativa.
6. Existe una tutela por parte del Estado.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El derecho mexicano vigente establece la siguiente forma de organización administrativa:

El artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, (LOAPF) establece los órganos que integran de la administración centralizada y los organismos de la administración paraestatal, señalando lo siguiente:

“...La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, Centralizada y Paraestatal.

La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, integran la Administración Pública Centralizada.

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, componen la administración pública paraestatal...”

⁹³ Cfr. Martínez Morales. Derecho Administrativo. 1y 2 curso. 3 Edición, Edit. Harla México 1996 pag 125.

Actualmente la Presidencia de la República cuenta con unidades de asesoría y apoyo administrativo que auxilian al Ejecutivo Federal en el desempeño de sus funciones tanto de Jefe de Gobierno como de Jefe de Estado, y dichas unidades se encuentran definidas en el artículo 2º del Acuerdo mediante el cual se crea la oficina ejecutiva de la Presidencia de la República, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre del 2000 y que a la letra dice:

Para el estudio, planeación y despacho de los asuntos de su competencia, la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de la República contará con las unidades administrativas siguientes:

- I. Oficina de la Presidencia para la Innovación Gubernamental;
- II. Oficina de la Presidencia para las Políticas Públicas;
- III. Oficina de la Presidencia para la Planeación Estratégica y Desarrollo Regional;
- IV. Comisión de Orden y Respeto;
- V. Comisión para el Crecimiento con Calidad;
- VI. Comisión para el Desarrollo Social y Humano;
- VII. Oficina de Representación para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas;
- VIII. Oficina de Representación para la Promoción de Integración Social para Personas con Discapacidad;
- IX. Oficina de Representación para Mexicanos en el Exterior y México Americanos.
- X. Coordinación Presidencial para la Alianza Ciudadana;
- XI. Dirección General de Administración, y
- XII. Secretariado Técnico.

Con relación a las Secretarías de Estado, el artículo 90 constitucional establece que la ley orgánica que expida el Congreso distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado, órganos administrativos centralizados, competente para atender los asuntos de una determinada rama de la administración pública.

De acuerdo a la competencia que la ley le asigne por materia prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector (LAASSP), las Secretarías de Estado, que directamente se relacionan con las licitaciones públicas son:

- Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.
- Secretaría de Economía.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los Departamentos Administrativos, surgieron con la idea de ocuparse de cuestiones técnicas y de servicios públicos, a diferencia de las Secretarías de Estado, que se encargarían de las cuestiones político administrativas, pero al paso del tiempo las funciones de los departamentos eran semejantes a las de las Secretarías, desapareciendo poco a poco las diferencias; a lo largo del siglo pasado, hubo distintos departamentos administrativos como el del Trabajo, Agrario y de Colonización, Turismo, Distrito Federal, entre otros; pero todos ellos desaparecieron por incluirse en los objetivos de alguna Secretaría o porque se convirtieron en Secretarías; el último en desaparecer fue el Departamento del Distrito Federal, que por cierto jamás debió estructurarse como Departamento, porque se trataba del gobierno de la entidad federativa del Distrito Federal.

Autores como Acosta Romero consideran por lo anteriormente expuesto, que sería adecuado suprimir a los Departamentos Administrativos del texto de la Constitución, así como de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pues prácticamente ya no existen. Se considera que el motivo de mantener a los Departamentos Administrativos dentro del texto Constitucional, es porque en cualquier momento pueden surgir de nuevo, con la misma motivación con la que en un principio surgieron – órganos de naturaleza técnica, encargados de asuntos de índole no política – tal es el caso del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, o la Comisión Nacional del Deporte.

La Administración Desconcentrada. Consiste en desintegrar a la unidad de administración y separarla del centro, es decir es una forma de organización administrativa, en la que se otorga a un órgano desconcentrado – por medio de una ley o reglamento – facultades de decisión y ejecución limitadas, haciendo así más rápida y flexible la administración pública, pues están más cerca de los particulares, resolviendo hasta cierto grado sus asuntos; estarán jerárquicamente subordinados al órgano superior, los entes desconcentrados forman parte de los órganos centralizados, por lo que no llegan a tener personalidad jurídica propia.

Algunos ejemplo de órganos desconcentrados son la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, dependiente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la Comisión Nacional Bancaria, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Instituto Politécnico Nacional dependiente de la Secretaría de Educación Pública, entre otros, éstos podrían parecerse a los anteriormente mencionados Departamentos Administrativos, pero no es así porque tanto la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo como la Comisión Nacional Bancaria y demás órganos desconcentrados, son identificados en México como unidades administrativas que forman parte de la administración pública federal y su función no es limitativamente técnica como se supone que son los desaparecidos Departamentos Administrativos.

Las características de los órganos desconcentrados son:

- a) Creados por ley o decreto.
- b) Dependen de la presidencia o de una secretaría de Estado.
- c) Su competencia deriva de las facultades de la administración central.
- d) No tienen patrimonio propio.
- e) Las decisiones más importantes, requieren de la aprobación del órgano del que dependen.
- f) Tienen autonomía técnica.
- g) En ocasiones tiene personalidad propia.

La Administración Descentralizada. Esta forma de organización es lo que se había ubicado anteriormente como administración paraestatal (artículo 90 const.), es una forma de organización de entes que pertenecen al poder ejecutivo y están dotados de personalidad jurídica y de autonomía jerárquica para efectuar tareas administrativas. De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por Decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten y que su objeto sea de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales:

- I. La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias;
- II. La prestación de un servicio público o social;
- III. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Las empresas públicas, de acuerdo al artículo 30 y 6° de la Ley de Federal de Entidades Paraestatales, deberán tener por objeto las áreas prioritarias; se consideran áreas prioritarias las que se establezcan en los términos de los artículos 25, 26 y 28 de la propia Constitución, particularmente las tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares. Por otra parte se consideran áreas estratégicas de acuerdo al artículo 28 párrafo cuarto constitucional: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

Las empresas públicas⁹⁴ pueden definirse como la organización de medios personales y reales, destinada a la producción o mediación de bienes y servicios para el mercado. El carácter de pública la tendrá cuando el Estado proporcione una parte o el total de esos

⁹⁴ Cfr. Martínez Morales. Derecho Administrativo. 1y 2 curso. 3 Edición, Edit. Harla México 1996 Pag 131.

medios; las variantes de estructura de la empresa pública son: dependencias directas del ejecutivo, organismos desconcentrados, organismos descentralizados, sociedades mercantiles y fideicomisos públicos.⁹⁵

“Las características de la empresa pública son:

- a) Que el Estado aporte los elementos del capital, naturaleza, organización y regula el elemento de trabajo.
- b) Que la empresa se encuentre destinada a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades colectivas, sin que ello implique obtener lucro necesariamente.
- c) Que la empresa se encuentre vigilada y controlada en su actividad por el Estado, pudiendo señalar éste las orientaciones de la misma.
- d) El régimen de la empresa es de normas de Derecho Público y de Derecho Privado.⁹⁶

Con respecto al fideicomiso, debe entenderse primero qué es el fideicomiso en si: el fideicomiso es aquel en que una persona denominada fideicomitente destina o afecta ciertos bienes a la realización de un bien lícito, cuya gestión encarga una institución fiduciaria. (artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El fideicomiso será público en razón de la persona jurídica que lo constituye, en este caso será el Estado, que a través del fideicomiso público pretende alcanzar ciertas metas afines a su labor de administrador público.

El 2 de septiembre de 1982 se expidió el acuerdo de sectorización, entendiéndose la sectorización conforme a lo que señalan los artículo 48 y 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de la manera siguiente:

Artículo 48 “...A fin de que se pueda llevar a efecto la intervención que, conforme a las leyes, corresponde al Ejecutivo Federal en la operación de las entidades de la Administración Pública Paraestatal, el Presidente de la

⁹⁵ Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo Parte General. Edit. Porrúa México 1996 pag. 228.

⁹⁶ Ibidem pag. 228.

República las agrupará por sectores definidos, considerando el objeto de cada una de dichas entidades en relación con la esfera de competencia que ésta y otras leyes atribuyen a las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos..."

Artículo. 49 "...La intervención a que se refiere el artículo anterior se realizará a través de la dependencia que corresponda según el agrupamiento que por sectores haya realizado el propio Ejecutivo, la cual fungirá como coordinadora del sector respectivo.

Corresponde a los coordinadores de sector coordinar la programación y presupuestación, conocer la operación, evaluar los resultados y participar en los órganos de gobierno de las entidades agrupadas en el sector a su cargo, conforme a lo dispuesto en las leyes.

Atendiendo a la naturaleza de las actividades de dichas entidades, el titular de la dependencia coordinadora podrá agruparlas en subsectores, cuando así convenga para facilitar su coordinación y dar congruencia al funcionamiento de las citadas entidades..."

Estas disposiciones tiene como objetivo el control, vigilancia y la coordinación del sector paraestatal por parte del órgano centralizado (cabeza de sector), pero sin existir una relación de jerarquía sino únicamente de tutela administrativa. El control de este sistema quedó a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público atendiendo a cuestiones financieras y administrativas y a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo para cuestiones de auditoría, por lo que se puede apreciar el sector paraestatal está mejor vigilado, controlado y supervisado en el cumplimiento honesto de sus cometidos para los que fueron creados, que el mismo sector centralizado que es quien lo vigila.

Existen otros órganos de suma importancia para el procedimiento licitatorio, como son los comités que se establecerán por disposición de las entidades o dependencias atendiendo a su objeto, ya sea en obras públicas o en materia de adquisiciones,

arrendamientos y servicios, regulados por las leyes de ambas materias; de acuerdo a los artículos 22 de la LAASSP y 25 de la LOPSRM, dentro de sus principales funciones se encuentran las siguientes:

1. Revisar los programas y presupuestos de las adquisiciones, arrendamientos, servicios del sector público, obras públicas y servicios relacionados con las mismas, así como formular las observaciones y recomendaciones convenientes;
2. Proponer las políticas, bases y lineamientos en las materias respectivas, así como autorizar los supuestos no previstos en estos, sometiéndolas a consideración del titular de la dependencia o al órgano de gobierno en el caso de las entidades;
3. Dictaminar, previamente a la iniciación del procedimiento, sobre la procedencia de no celebrar licitaciones públicas por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción...
4. Analizar trimestralmente el informe de la conclusión de las licitaciones públicas que se realicen, en su caso, recomendar las medidas necesarias para evitar el probable incumplimiento de alguna disposición jurídica o administrativa.
5. Analizar exclusivamente para su opinión, cuando se le solicite, los dictámenes y los fallos emitidos por los servidores públicos responsables de ellos.
6. Autorizar, cuando se justifique, la creación de subcomités de obras públicas, así como aprobar la integración y funcionamiento de los mismos;
7. Elaborar y aprobar el manual de integración y funcionamiento del comité, conforme a las bases que expida la Contraloría.

Las Comisiones Consultivas Mixtas de Abastecimiento, únicamente en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público en función del volumen, características e importancia de adquisiciones, arrendamientos, y servicios del sector público, reguladas en el artículo 23 de la LAASSP, el objeto de las Comisiones Consultivas Mixtas de Abastecimiento de acuerdo al citado artículo serán:

Comisiones Consultivas Mixtas de Abastecimiento:

- I. Propiciar y fortalecer la comunicación de las propias dependencias y entidades con los proveedores, a fin de lograr una mejor planeación de las adquisiciones, arrendamientos y servicios;
- II. Colaborar en la instrumentación de programas de desarrollo de proveedores nacionales;
- III. Promover y acordar programas de sustitución eficiente de importaciones, así como de simplificación interna de trámites administrativos que realicen las dependencias o entidades relacionados con las adquisiciones, arrendamientos y servicios;

- IV. Emitir recomendaciones sobre metas de utilización de las reservas de compras pactadas con otros países;
- V. Promover acciones que propicien la proveeduría con micro, pequeñas y medianas empresas, así como el consumo por parte de otras empresas de los bienes o servicios que produzcan o presten aquellas;
- VI. Difundir y fomentar la utilización de los diversos estímulos del gobierno federal y de los programas de financiamiento para apoyar la fabricación de bienes;
- VII. Informar a los comités de adquisiciones, arrendamientos y servicios las recomendaciones planteadas en el seno de las comisiones;
- VIII. Elaborar y aprobar el manual de integración y funcionamiento de la comisión, conforme a las bases que expida la Contraloría, y
- IX. Conocer y opinar sobre los programas de licitaciones internacionales de la dependencia o entidad de que se trate.

Tanto en materia de obra pública como de adquisiciones, se contará con comités; para el caso de obras públicas los comités se establecerán en razón de la cantidad de obra pública y servicios relacionados con las mismas, dichos comités se encuentran regulados en el artículo 25 de la LOPSRM y 22 de LAASSP y tienen de manera general las siguientes funciones:

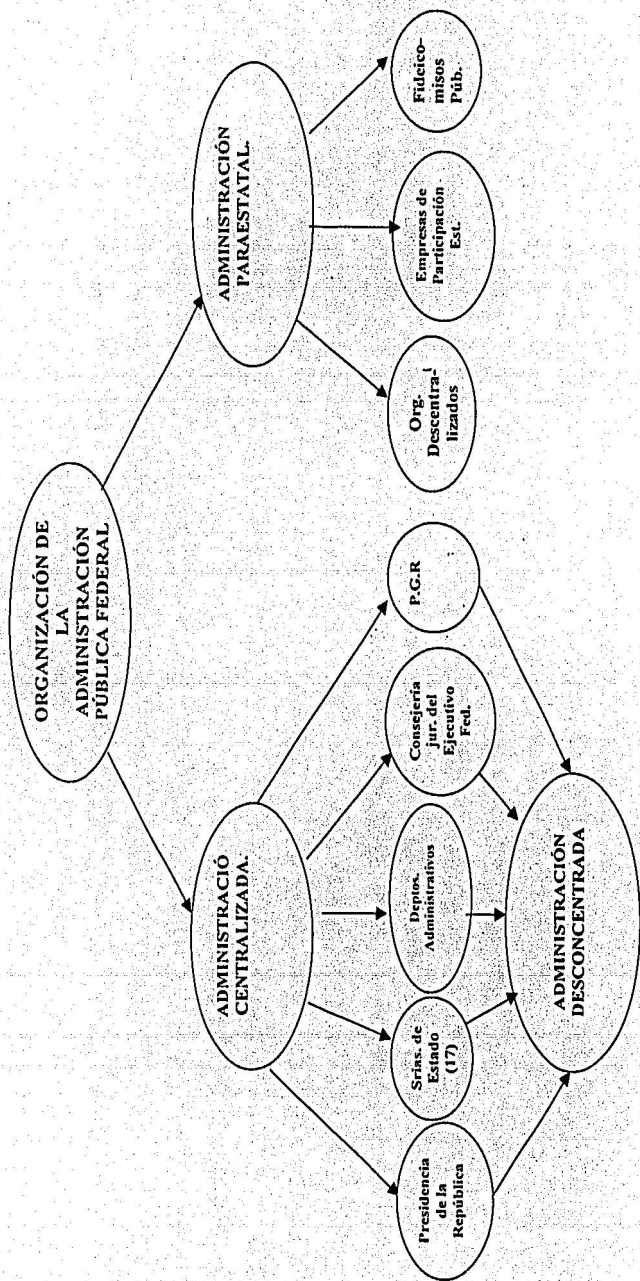
- I. Revisar los programas y presupuestos tanto de obras públicas y servicios relacionados como de adquisiciones, arrendamientos y servicios;
- II. Proponer las políticas, bases y lineamientos del procedimiento licitatorio, así como autorizar los supuestos no previstos en éstos, sometiéndolos a consideración del titular de la dependencia o al órgano de gobierno en el caso de las entidades;
- III. Dictaminar, previamente a la iniciación del procedimiento, sobre la procedencia de no celebrar licitaciones públicas por encontrarse en alguna de las excepciones a la licitación pública;
- IV. Autorizar, cuando se justifique, la creación de subcomités, así como aprobar el funcionamiento e integración de los mismos;
- V. Elaborar y aprobar el manual de integración y funcionamiento del comité, conforme a las bases que expida la Contraloría, Y
- VI. Coadyuvar al cumplimiento de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Los comités se integrarán de acuerdo a los reglamentos de la LOPSRM y LAASSP de la siguiente manera⁹⁷:

- I. Con derecho a voz y voto:
 - a) El Oficial mayor, quién lo presidirá;
 - b) El titular del área responsable de la administración de los recursos materiales, quién fungirá como secretario ejecutivo; y
 - c) Los vocales siguientes:
 1. El titular del área administrativa de cada secretaría;
 2. El titular del área de programación y presupuesto;
 3. El titular del área responsable la administración central de los almacenes y para obras públicas el titular responsable de la contratación de obras y servicios; y
 4. Los titulares de otras áreas que el comité considere estrictamente necesario formen parte del mismo, cuando tengan relación con la generalidad de los asuntos materia del Comité; y
- II. Sin derecho a voto, pero con voz, los asesores siguientes:
 - a) Un servidor público designado para el área jurídica;
 - b) Un servidor público designado por el órgano interno de control;
 - c) En su caso, un servidor público designado para el área normativa de la Contraloría; y
 - d) Invitados, los servidores públicos cuya intervención considere necesaria el secretario ejecutivo, para aclarar aspectos técnicos o administrativos relacionados con los asuntos sometidos en la consideración del Comité.

Por último para entender de manera general la organización de la administración pública se puede observar el siguiente esquema:

⁹⁷ Artículo 14 del Reglamento de la LAASSP y 13 del Reglamento de la LOPSRM.



3.2 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM).

La estructura de la Administración Pública a lo largo del último siglo, ha evolucionado de manera drástica en muchas de las materias sobre las que dirige su actividad administrativa, una de esas materias son precisamente las licitaciones, ya que como se ha expuesto en el primer capítulo, siendo una figura tan importante carecía en un principio de una regulación Constitucional y ya que la tuvo, hacía falta una ley que la reglamentara. Actualmente existen diversas leyes que tratan de darle esa reglamentación al artículo 134, Constitucional relativa a – entre otras cosas – las licitaciones públicas, predominando principalmente: la LOPSRM y la LAASSP que comprenden sectores de la organización de la administración pública tanto centralizada como paraestatal federal.

La LOPSRM, tiene un contenido de 88 artículos, regula las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas y de los servicios relacionados con las mismas, entre otras cosas; dentro de estas diversas acciones entra la licitación en materia de obra pública.

Estas acciones serán reguladas por la LOPSRM, siempre y cuando, de acuerdo al artículo. 1º de la citada ley, las 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...”

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 3º de la LOPSRM, para los efectos de esta ley, se consideran obras publicas 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 publicas 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, geotecnia, 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..."

Aunque es bastante amplio concepto legal de obra pública, se omite señalar a quién debe beneficiarse o quién será el poseedor del bien del que se trate, esto es debido a que la obra deberá determinarse al servicio público. Ahora bien, los servicios relacionados con las mismas, es decir con las Obras Públicas serán de acuerdo al artículo 4º, los siguientes:

"...Se consideran como servicios relacionados con las obras publicas, los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra publica; 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...”

La LOPSRM otorga la facultad a las dependencias y entidades, de llevar a cabo los procedimientos para contratar y ejecutar las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, de acuerdo al artículo 27, de la ley en comento, los procedimientos de contratación serán:

- I. Licitación pública;
- II. Invitación a cuando menos tres personas, o
- III. Adjudicación directa.

Esto quiere decir, que dicho artículo es el fundamento legal, para que las licitaciones en materia de obras públicas y los servicios, que de acuerdo a la ley, sean relacionados con las obras públicas, son regulados por la LOPSRM. Cada uno de estos procedimientos han sido explicados anteriormente en el punto 2.6 del capítulo II. El anteriormente citado artículo 27, establece aspectos de igualdad, pues señala que deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, plazos de ejecución, etc; pero ¿qué tan cuestionable es ésta igualdad?, ¿cuántas veces el interesado no se enfrenta ya sea a la burocracia (razón por la que ha desaparecido el padrón de contratistas, pues de cualquier manera el interesado debe demostrar su idoneidad para poder ser licitador) o a los brazos de poder de grandes empresas que cuenten con el apoyo de un Secretario de Estado o de un alto funcionario de cualquier entidad?

De manera general, para adjudicar los contratos de acuerdo al artículo 28, se hará por licitación pública mediante convocatoria pública, entendiéndose así, que la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa son excepciones a la regla, las cuales están contempladas en los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley en comento.

El contenido de las licitaciones en general ha sido descrito en el punto 2.6 del capítulo II, y específicamente, en materia de obra pública, tenemos;

En cuanto al contenido de la convocatoria, artículo 31

"...

- VIII Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;
- IX Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían;
- X La indicación de que no podrán participar las personas que se encuentren en los supuestos del artículo 51 de esta ley;
- XII Determinación, en su caso, del porcentaje de contenido nacional, y
- XII Los demás requisitos generales que deberán cumplir los interesados, según las características, complejidad y magnitud de los trabajos..."

En cuanto al contenido de la bases de la licitación, artículo 33:

"...

- IX. Proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran para preparar la proposición; normas de calidad de los materiales y especificaciones generales y particulares de construcción aplicables, en el caso de las especificaciones particulares, deberán ser firmadas por el responsable del proyecto;
- X. Tratándose de servicios relacionados con las obras públicas, los términos de referencia que deberán precisar el objeto y alcances del servicio; las especificaciones generales y particulares; el producto esperado, y la forma de presentación;
- XI. Relación de materiales y equipo de instalación permanente que, en su caso, proporcione la convocante, debiendo acompañar los programas de suministro correspondientes;
- XII. En su caso, el señalamiento del porcentaje de contenido nacional del valor de la obra que deberán cumplir los licitantes en materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente, que serían utilizados en la ejecución de los trabajos;
- XIII. Experiencia, capacidad técnica y financiera necesaria de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;
- XIV. Datos sobre las garantías; porcentajes, forma y términos de los anticipos que se concedan;
- XV. Cuando proceda, lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, la que deberá llevarse a cabo dentro del periodo comprendido entre el cuarto día natural siguiente a aquel en que se publique la convocatoria y el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones;
- XVI. Información específica sobre las partes de los trabajos que podrán subcontratarse;
- XVII. Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;
- XVIII. Modelo de contrato al que se sujetaran las partes;
- XIX. Tratándose de contratos a precio alzado o mixtos en su parte correspondiente, a las condiciones de pago;
- XX. Tratándose de contratos a precios unitarios o mixtos en su parte correspondiente, el procedimiento de ajuste de costos que deberá aplicarse,

así como el catálogo de conceptos, cantidades y unidades de medición, debe ser firmado por el responsable del proyecto; y la relación de conceptos de trabajo más significativos, de los cuales deberán presentar análisis y relación de los costos básicos de materiales, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción que intervienen en dichos análisis. En todos los casos se deberá prever que cada concepto de trabajo este debidamente integrado y soportado, preferentemente, en las especificaciones de construcción y normas de calidad solicitadas, procurando que estos conceptos sean congruentes con las cantidades de trabajo requeridos por el proyecto;

XXI. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 78 de esta Ley;

XXII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación, y

XXIII. Los demás requisitos generales que, por las características, complejidad y magnitud de los trabajos, deberán cumplir los interesados, los que no deberán limitar la libre participación de estos.

Para la participación, contratación o adjudicación en obras públicas o servicios relacionados con las mismas no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta ley..."

Este último párrafo, se relaciona de manera estrecha con las facultades discrecionales que tendrán las dependencias y entidades para imponer sus criterios, que de alguna manera son facultades discrecionales obligatorias, pues el órgano competente debe de actuar en uno u otro sentido; por lo que no es una facultad libre y absoluta, sino que debe de actuar dentro de los límites que la ley contempla; en este caso, el último párrafo del artículo 33, establece cierto límite a esas facultades discrecionales, "...no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta ley..."; estas facultades discrecionales no se establecen en la LOPSRM, pero se establecerán dentro de la competencia del órgano que haya convocado a la licitación, es decir se trata de una facultad discrecional vinculada, pues deriva de la norma que señala cómo y cuándo hay que actuar, tal es el caso de la fracción XII del artículo 31, "...los demás requisitos generales que deberán cumplir los interesados, según las características, complejidad y magnitud de los trabajos...", esos demás requisitos sólo podrían ser impuestos por el órgano que esta llevando a cabo la licitación pública, en uso de las facultades que le son conferidas.

Otro caso de la aplicación de las facultades discrecionales se encuentra en el artículo 33, "...criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos, de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de esta ley...", a su vez el artículo 38, de la LOPSRM, señala "...las dependencias y entidades para hacer la evaluación de las proposiciones, deberán verificar que las mismas cumplan con los requisitos solicitados en las bases de licitación para tal efecto, la convocante deberá establecer los procedimientos y los criterios claros y detallados para determinar la solvencia de las propuestas, dependiendo de las características, complejidad y magnitud de los trabajos por realizar...". En efecto, en ambos artículos se aprecia una facultad discrecional obligatoria, pues no puede omitir establecer cuáles serán esos criterios, pero tampoco establece las reglas para imponerlos, es decir, se concede una facultad discrecional de establecerlos, pero limita al mismo tiempo esa facultad, pues los criterios deben ser claros y detallados ya que a través de ellos se va a "determinar", si la propuesta del licitador (interesado) puede o no continuar, se está ante un momento importante y decisivo que no se puede dejar al libre arbitrio del órgano que está convocando a la licitación.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 12, faculta a cada Secretaría de Estado o Departamento Administrativo, formular respecto a los asuntos de su competencia – los cuales están fijados en el mismo ordenamiento – los proyectos de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República; en este sentido se está ante facultades discrecionales regladas, pues hay una norma jurídica que indica las circunstancias y sentido del acto que requiere, por un lado un órgano competente y por el otro un funcionario facultado para efectuar tal actividad pero "siempre" limitados por la Ley.

Por otra parte, el artículo 51, menciona que tanto las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o contratar en las materias a que se refiere la LOPSRM con las siguientes personas:

1. Aquellas en que el servidor público que intervenga en cualquier etapa del procedimiento de contratación tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellas de las que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales,

- laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor publico o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;
- II. Las que desempeñen un empleo, cargo o comisión en el servicio publico, o bien, las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización previa y específica de la Contraloría conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; así como las inhabilitadas para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio publico;
- III. Aquellos contratistas que, por causas imputables a ellos mismos, la dependencia o entidad convocante les hubiere rescindido administrativamente un contrato dentro de un lapso de un año calendario contado a partir de la notificación de la rescisión. Dicho impedimento prevalecerá ante la propia dependencia o entidad convocante durante un año calendario contado a partir de la notificación de la rescisión;
- IV. Las que se encuentren inhabilitadas por resolución de la Contraloría, en los términos del Título Séptimo de este ordenamiento y Título Sexto de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Publico;
- V. Aquellas que hayan sido declaradas en suspensión de pagos, Estado de quiebra o sujetas a concurso de acreedores;
- VI. Los licitantes que participen en un mismo procedimiento de contratación, que se encuentren vinculados entre sí por algún socio o asociado común;
- VII. Las que pretendan participar en un procedimiento de contratación y previamente, hayan realizado o se encuentren realizando por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, en virtud de otro contrato, el proyecto; trabajos de dirección, coordinación, supervisión y control de obra e instalaciones; laboratorio de análisis y control de calidad, geotecnia, mecánica de suelos y de resistencia de materiales; radiografías industriales; preparación de especificaciones de construcción; presupuesto de los trabajos; selección o aprobación de materiales, equipos y procesos, o la elaboración de cualquier otro documento vinculado con el procedimiento, en que se encuentran interesadas en participar;
- VIII. Aquellas que por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, pretendan ser contratadas para la elaboración de dictámenes, peritajes y avalúos, cuando estos hayan de ser utilizados para resolver discrepancias derivadas de los contratos en los que dichas personas o empresas sean partes, y
- IX. Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de ley.

Otras leyes que regulan en materia de obras públicas de manera supletoria son de acuerdo al artículo 13, de la LOPSRM las siguientes:

“...En lo no previsto por esta Ley y demás disposiciones que de ella se deriven, serán aplicables supletoriamente el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal,

(Código Civil Federal) la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles...”

a) Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

El Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, fue publicado el 4 de agosto del 2001; este ordenamiento cuenta con un total de 230 artículos, es decir duplica el contenido de la ley que reglamenta, siendo que esto no debería ser así, pues éste se encarga de cuestiones operativas, la función de un reglamento es, complementar lo ya establecido en la ley que está reglamentando. La situación de que haya un exceso de normatividad se debe principalmente a la repetición de aspectos que ya fueron tratados en la ley.

Artículo 1º “...Este reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones que propicien el oportuno y estricto cumplimiento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas...”, en general los reglamentos tienen como objetivo desarrollar las normas sentadas en una ley con el fin de facilitar su aplicación, tal es el caso del reglamento anteriormente citado y que contiene en relación a las licitaciones en materia de obra pública...” lo relativo a:

1. La planeación, programación y presupuestación de las obras y servicios.
2. Los Comités de Obras Públicas.
3. La publicación de la convocatoria de la licitación pública.
4. Las consideraciones que deben tomar en cuenta la dependencias y entidades para la elaboración, de las bases de la licitación de obras públicas y servicios relacionados con las mismas.
5. La visita del lugar a realizar los trabajos.
6. La celebración de las juntas de aclaraciones.
7. Las propuestas, la firma de todas las fojas de la propuesta, así como las aclaraciones y modificaciones que afecten a las mismas.
8. La presentación de los documentos que deben acompañar la propuesta.
9. Los requisitos mínimos que debe contener la propuesta técnica que requieran las dependencias o entidades.

10. Los documentos que debe contener la propuesta económica, que requieran las dependencias y entidades.
11. El acto de presentación y apertura de proposiciones.
12. Evaluación de las propuestas.
13. Los aspectos que serán considerados en general para la evaluación de la propuesta económica.
14. El fallo para la adjudicación y su contenido.
15. Las causas para el desecamiento de las propuestas.
16. La cancelación o la nulidad del procedimiento licitatorio.
17. Los requisitos del escrito que funde y motive, que no se realizará la licitación pública, sino que se aplicaran las excepciones de invitación cuando menos a tres personas o adjudicación directa.

Por otra parte existen otras leyes que de manera indirecta tienen un impacto en la regulación de licitaciones públicas en materia de obras públicas, aunque propiamente no la mencionen, como es el caso de:

1. La Ley General de Asentamientos Humanos. Las dependencias y entidades tomarán en consideración esta ley para la planeación, programación y presupuestación de la Obra Pública ya que dentro de los objetivos de la Ley General de Asentamientos Humanos, se encuentra el de establecer la concurrencia de la Federación, de las Entidades Federativas y de los Municipios, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el territorio nacional, tomando en cuenta los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.
2. Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente. Las dependencias y entidades estarán obligadas a considerar los efectos sobre el medio ambiente que pueda causar la ejecución de las obras públicas, con sustento en la evaluación de impacto ambiental prevista por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Los proyectos deberán incluir las obras necesarias para que se preserven o restituyan en forma equivalente las condiciones ambientales cuando estas pudieren deteriorarse y se dará la intervención que corresponda a la secretaria de Medio Ambiente, Recursos

Naturales y Pesca y a las dependencias y entidades que tengan atribuciones en la materia. (artículo 20 LOPSRM).

3. **Ley Federal Sobre Metrología y Normalización.** En los procedimientos de contratación deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, plazos de ejecución, normalización aplicable en términos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías; debiendo las dependencias y entidades proporcionar a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos, a fin de evitar favorecer a algún participante, (artículo 27 LOPSRM), ya que en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, dentro de sus objetivos esta el de establecer el sistema general de unidades de medida, precisar los conceptos fundamentales sobre metrología así como en materia de normalización, el de instituir la Comisión Nacional de Normalización para que coadyuve en las actividades, que sobre normalización, corresponde realizar a las distintas dependencias de la administración pública federal.

Además de otras leyes, como por ejemplo:

- Tratados Internacionales.
- Ley de Planeación.
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.
- Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.
- Presupuesto de Egresos de la Federación.

3.3 Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP).

Para continuar con la regulación de las licitaciones públicas, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, es también reglamentaria del artículo 134, Constitucional, contiene un total de 73 artículos que regula las licitaciones públicas en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios.

La LAASSP, al igual que la LOPSRM, son del año 2000, cada una de ellas sustituye por separado a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que anteriormente regulaba ambas materias, es decir, había una unificación; cabe hacer mención que la LAASSP “abroga” a la ley de Adquisiciones y Obras Públicas, esto es que hay una supresión de una disposición obligatoria por una disposición nueva, trayendo como consecuencia que las primeras dejen de ser aplicables; en este caso se trata de una abrogación expresa, ya que el artículo. 2, transitorio de la LAASSP así lo pronuncia. Por su parte la LOPSRM, la “deroga” es decir hay una privación parcial de efectos de la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, esto no debería ser así, es decir no debería mencionarse en los artículos transitorios de ésta última, ya que no había necesidad, pues si la LAASSP, ya la había derogado, es decir se había anulado totalmente la aplicación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, ya no hacía falta que en la otra ley –LOPSRM – se anulara parcialmente, pues dicha ley ya no existía, así pues, se esta ante un error de técnica legislativa, que no trae graves consecuencias, pero sí una confusión.

Volviendo a la regulación de las licitaciones, la LAASSP, es muy similar en su estructura a la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, y en su contenido a la LOPSRM, pero atendiendo a la materia que regula; así se tiene que la LAASSP, regula las licitaciones públicas que se realicen en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, siempre y cuando las realicen, de acuerdo a su artículo 1º:

- “...I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la Republica;
- 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, aplicaran 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...”

Entre las adquisiciones, arrendamientos y servicios quedan comprendidos:

- “...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...”

A diferencia de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, 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 de Hacienda y Crédito Público, del presupuesto de inversión

y de gasto corriente, conforme a los cuales deberán programarse los pagos respectivos, situación que no se exige en LOPSRM.⁹⁸

El artículo 26 de la LAASSP, en el fundamento legal para la realización de licitaciones públicas en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, señalando lo siguiente:

“..Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, mediante los procedimientos de contratación que a continuación se señalan:

- I. Licitación pública;
- II. Invitación a cuando menos tres personas, o
- III. Adjudicación directa...”

Además, dicho ordenamiento establece que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicaran, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, por lo que las excepciones a la misma serán la invitación cuando menos a tres personas y la adjudicación directa.

El contenido de la convocatoria anteriormente mencionada, deberá contener en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público – además del contenido general mencionado en el punto 2.6 del capítulo II – lo siguiente:

“... ”

- VI. La descripción general, cantidad y unidad de medida de los bienes o servicios que sean objeto de la licitación, así como la correspondiente, por los menos, a cinco de las partidas o conceptos de mayor monto;
- VII. Lugar y plazo de entrega;
- VIII. Condiciones de pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo;
- IX. Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían;
- X. La indicación de que no podrán participar las personas que se encuentren en los supuestos del artículo 50 de esta Ley, y
- XI. En el caso de arrendamiento, la indicación de si este es con o sin opción a compra...”

Contenido de la Bases:

“... ”

- VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos de conformidad a lo establecido por el artículo 36 de esta Ley;

⁹⁸ Artículo 25 de la LAASSP y 27 de la LOPSRM.

IX. Descripción completa de los bienes o servicios, o indicación de los sistemas empleados para identificación de los mismos; información específica que requieran respecto a mantenimiento, asistencia técnica y capacitación; relación de refacciones que deberán cotizarse cuando sean parte integrante del contrato; dibujos; cantidades; muestras, y pruebas que se realizarán, así como método para ejecutarlas;

X. Plazo y condiciones de entrega; así como la indicación del lugar, dentro del territorio nacional, donde deberán efectuarse las entregas;

XI. Requisitos que deberán cumplir quienes deseen participar, los cuales no deberán limitar la libre participación de los interesados;

XII. Condiciones de precio y pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo. Tratándose de adquisiciones de bienes muebles, podrá establecerse que el pago se cubra parte en dinero y parte en especie, siempre y cuando el numerario sea mayor, sin perjuicio de las disposiciones relativas de la Ley General de Bienes Nacionales;

XIII. Datos sobre las garantías; así como la indicación de si se otorgará anticipo, en cuyo caso deberá señalarse el porcentaje respectivo y el momento en que se entregara, el que no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;

XIV. La indicación de si la totalidad de los bienes o servicios objeto de la licitación, o bien, de cada partida o concepto de los mismos, serán adjudicados a un solo proveedor, o si la adjudicación se hará mediante el procedimiento de abastecimiento simultáneo a que se refiere el artículo 39 de esta Ley, en cuyo caso deberá precisarse el número de fuentes de abastecimiento requeridas, los porcentajes que se asignaran a cada una y el porcentaje diferencial en precio que se considerara;

XV. En el caso de contratos abiertos, la información a que alude el artículo 47 de este ordenamiento;

XVI. Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o en la prestación de los servicios;

XVII. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado...

XVIII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación.

Para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, arrendamientos o servicios no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley..."

En el contenido de las bases para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, están de la misma manera que la obras públicas, regidos por las facultades discrecionales y

que en ambas leyes se les conoce como "criterios"⁹⁹, que no son más que eso, facultades discrecionales que tienen las dependencias o entidades y de manera directa el servidor público que convoque a la licitación.

Así, se puede ver en la fracción VIII del artículo 31, anteriormente citado "...criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos...", que a su vez nos remite al artículo 36, que se refiere a la evaluación de las proposiciones y que en su párrafo cuarto menciona "...dentro de los criterios de adjudicación, podrá establecerse el relativo a costo beneficio, siempre y cuando sea definido, medible y aplicable a todas las propuestas...", y en su párrafo quinto "...una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará de entre los licitantes, a aquel cuya propuesta resulte solvente porque reúne, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en las bases de licitación, las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas. Así, vemos que de nuevo se está ante las facultades discrecionales, pero como anteriormente se mencionó, estas son de carácter obligatorio, pues el órgano competente debe de actuar en uno u otro sentido, por lo que no es una facultad libre y absoluta, sino que debe de actuar dentro de los límites que la ley contempla, por ejemplo en la cita anterior del artículo 36, del párrafo quinto, limita que esas facultades o criterios sean establecidos en las bases de la licitación.

La fracción XV, del artículo 31, menciona que en caso de contratos abiertos – que son aquellos en que las dependencias y entidades requieren de un mismo bien o servicio de manera reiterada - se observarán las disposiciones del artículo 47, de la LAASSP, y son las siguientes:

"...I. Se establecerá la cantidad mínima y máxima de bienes por adquirir o arrendar; o bien, el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse en la adquisición, el arrendamiento o la prestación del servicio. La cantidad o presupuesto mínimo que se requiera no podrá ser inferior al cuarenta por ciento de la cantidad o presupuesto máximo que se establezca;
En casos de bienes que se fabriquen en forma exclusiva para las dependencias y entidades, la cantidad o presupuesto mínimo que se requiera

⁹⁹ Juicio o discernimiento, opinión, ideas que una persona tiene sobre cualquier asunto. Diccionario Jurídico Thesaurus. Programa de Computo.

no podrá ser inferior al ochenta por ciento de la cantidad o presupuesto máximo que se establezca.

No se podrán establecer plazos de entrega en los cuales no sea factible producir los bienes;

II. Se hará una descripción completa de los bienes o servicios con sus correspondientes precios unitarios;

III. En la solicitud y entrega de los bienes o servicios se hará referencia al contrato celebrado, y

IV. Los plazos para el pago de los bienes o servicios no podrán exceder de treinta días naturales...

Las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o celebrar contrato alguno de acuerdo al artículo 50, de la LAASSP, en las materias a que se refiere esta ley, con las personas siguientes:

I. Aquellas en que el servidor publico que intervenga en cualquier etapa del procedimiento de contratación tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellas de las que pueda resultar algún beneficio para el, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor publico o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;

II. Las que desempeñen un empleo, cargo o comisión en el servicio publico, o bien, las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización previa y específica de la Contraloría conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; así como las inhabilitadas para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio publico;

III. Aquellos proveedores que, por causas imputables a ellos mismos, la dependencia o entidad convocante les hubiere rescindido administrativamente mas de un contrato, dentro de un lapso de dos años calendario contados a partir de la notificación de la primera rescisión. Dicho impedimento prevalecerá ante la propia dependencia o entidad convocante durante dos años calendario contados a partir de la notificación de la rescisión del segundo contrato;

IV. Las que se encuentren inhabilitadas por resolución de la Contraloría en los términos del Título Sexto de este ordenamiento y Título Séptimo de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas;

V. Los proveedores que se encuentren en situación de atraso en las entregas de los bienes o en la prestación de los servicios por causas imputables a ellos mismos, respecto de otro u otros contratos celebrados con la propia dependencia o entidad, siempre y cuando estas hayan resultado gravemente perjudicadas;

VI. Aquellas que hayan sido declaradas en suspensión de pagos, Estado de quiebra o sujetas a concurso de acreedores;

VII. Aquellas que presenten propuestas en una misma partida de un bien o servicio en un procedimiento de contratación que se encuentren vinculadas entre si por algún socio o asociado común;

VIII. Las que pretendan participar en un procedimiento de contratación y previamente hayan realizado o se encuentren realizando, por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, en virtud de otro contrato, trabajos de análisis y control de calidad, preparación de especificaciones, presupuesto o la elaboración de cualquier documento vinculado con el procedimiento en que se encuentran interesadas en participar;

IX. Aquellas que por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial pretendan ser contratadas para elaboración de dictámenes, peritajes y avalúos, cuando estos hayan de ser utilizados para resolver discrepancias derivadas de los contratos en los que dichas personas o empresas sean parte;

X. Las que celebren contratos sobre las materias reguladas por esta ley sin estar facultadas para hacer uso de derechos de propiedad intelectual, y

XI. Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de ley.

Por último, otras leyes que regulan en materia de adquisiciones, arrendamiento y servicios de manera supletoria son, de acuerdo al artículo. 11 de la LAASSP, las siguientes:

“...En lo no previsto por esta ley y demás disposiciones que de ella se deriven, serán aplicables supletoriamente el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal (Código Civil Federal), la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles...”

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

El Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público fue publicado, al igual que el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el 20 de agosto del 2001, contiene un total de 83 artículos.

De acuerdo al artículo 1º el reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, tiene por objeto establecer las disposiciones que propicien el oportuno estricto cumplimiento de la ley que reglamenta y contiene en relación a las licitaciones en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios lo relativo a:

1. Planeación, Programación y Presupuestación sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios.
2. La integración de los Comités, la función de sus integrantes, sus propias funciones y la celebración de reuniones.
3. Las comisiones consultivas mixtas y sus funciones, las cuales son exclusivas de la materia, ya que no hay dichas comisiones en materia de obras públicas.
4. Publicación de la convocatoria de la licitación Pública.
5. Las consideraciones que se tomarán en cuenta para determinar el carácter de internacional de una licitación.
6. La vigilancia de los precios en caso de que la licitación sea internacional.
7. La prohibición de establecer en las bases requisitos que limiten la libre participación de los interesados.
8. Contenido de las bases de la licitación.
9. La posibilidad de poder agruparse para presentar una proposición.
10. La celebración de las juntas de aclaraciones.
11. Los documentos que las dependencias y entidades podrán requerir de los licitantes (interesados).
12. La firma de las propuestas.
13. El acto de presentación y apertura de proposiciones, que se será presidido por el servidor público designado por la convocatoria quien aceptará o desechará las propuestas.
14. La información que contendrá las bases en caso de que el criterio de adjudicación sea de costo beneficio.
15. Las consideraciones que se tomarán en cuenta cuando la adjudicación del contrato sean mediante el procedimiento de abastecimiento simultaneo.
16. En caso de empate de las propuestas.
17. El contenido del fallo de las propuestas.
18. La declaración de desierta de una licitación.
19. Los requisitos del escrito sobre la procedencia de las excepciones a la licitación.

Por otra parte existen otras leyes que de manera indirecta tienen un impacto en la regulación de las licitaciones públicas en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios; aunque propiamente no lo mencionen, como es el caso de:

1. Ley General de Bienes Nacionales.

Esta ley regulará lo relativo a los actos de adquisición, administración, uso, aprovechamiento, explotación y enajenación de bienes inmuebles federales; así como la ejecución de las obras de construcción, reconstrucción, modificación, adaptación, conservación, mantenimiento y demolición que sobre ellos se realicen, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas. (artículo 9). Vemos que dicha ley, también considera a la construcción de obras públicas, siempre y cuando no vaya en contra de las disposiciones que la regulan propiamente.

En materia de bienes nacionales corresponde al Ejecutivo Federal:

- a) Declarar, que un bien determinado forma parte del dominio público.
- b) Incorporar al dominio público, mediante decreto, un bien que forma parte del dominio privado.
- c) Desincorporar del dominio público, mediante decreto, un bien que haya dejado de ser útil para fines de servicio público.

2. Ley Federal Sobre Metrología y Normalización.

La Ley Federal sobre Metrología y Normalización, tiene dentro de sus objetivos, el de establecer el sistema general de unidades de medida, precisar los conceptos fundamentales sobre metrología, aplicables para los plazos y fechas que se establezcan en el procedimiento licitatorio, así como en materia de normalización, el de instituir la Comisión Nacional de Normalización para que coadyuve en las actividades que sobre normalización corresponde realizar a las distintas dependencias de la Administración Pública Federal. En relación a sus objetivos, cabe destacar el de Normalización, pues en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, en caso de controversia, cuando no se especifiquen las características de los bienes o servicios, las autoridades judiciales o administrativas competentes en sus resoluciones deberán tomar como referencia las normas oficiales mexicanas y en su defecto las normas mexicanas, así

como, cuando las dependencias y entidades establezcan requisitos a los proveedores para comprobar su confiabilidad o sus procedimientos de aseguramiento de calidad en la producción de bienes o servicios, dichos requisitos se deberán basar en las normas expedidas conforme a la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización y publicarse con anticipación a fin de que los proveedores estén en condiciones de conocerlos y cumplirlos.

Además de otras leyes, como por ejemplo:

- Tratados Internacionales.
- Ley de Planeación.
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.
- Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.
- Presupuesto de Egresos de la Federación.

Cabe anticipar a modo de conclusión, el siguiente comentario: Una vez estudiado lo referente a licitaciones públicas tanto en la LOPSRM como la LAASSP, se opta por la idea de que en adelante, no sería adecuado volver a reunir en un solo ordenamiento lo relativo a los contratos administrativos de adquisiciones y obras públicas y por lo tanto a las licitaciones públicas, - siendo uno de los procedimientos permitidos por la ley, para la celebración de los contratos o mejor dicho para su adjudicación - aunque de los 73 artículos de la LAASSP, el texto de 63 de ellos es similar - en ocasiones idéntico - a otros tantos de la LOPSRM; y además semejantes a otros artículos de la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Se sostiene lo anterior tomando en cuenta los motivos de la Comisión Dictaminadora de establecer dos ordenamientos que regularan por separado, tanto a las adquisiciones como a las obras, y que dieron origen a ambas leyes y fueron los siguientes:

Que se trataba de materias distintas, otorgando por lo tanto servicios públicos diferentes y que con relación a la materia de obras públicas, se requería de mayor especialización para sus actividades, además de que las áreas administrativas específicas responsables, eran distintas para cada una de las materias. Con esta exposición de motivos se aprobaron por separado ambas leyes abrogando a la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que agrupaba ambas materias, con el propósito de

conformar un marco jurídico idóneo, para la celebración de los contratos de la administración pública y así evitar confusiones provenientes de problemas de interpretación que suelen surgir en la práctica, para determinar si ciertas operaciones constituyen obras públicas o adquisiciones.

Por último, se puede afirmar que lo realmente importante no es si existen una dos o tres leyes, sino que exista una adecuada regulación de la actividad contractual del sector público: sin embargo, aún y cuando exista una ley efectiva, una cosa si es clara, es imposible que la efectividad de las leyes supla las deficiencias del servidor público, que tiene a su cargo aplicarla.

Como anteriormente se ha comentado, al ser tan parecidas la LOPSRM y la LAASSP, en el siguiente punto (3.4) denominado "planeación, programación y presupuesto", se agrupara tanto a la obras públicas como a las adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, con efectos de que no resulte repetitiva la cita de los artículos, pero marcando las diferencias necesarias entre una ley y otra, cuando se presenten.

3.4 Planeación programación y presupuesto.

PLANEACION

La planeación para las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, se realizará tomando en cuenta los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, los programas sectoriales – recordemos la sectorización, explicada en el punto 3.1, relativo a la organización de la administración pública federal - los programas anuales, el Presupuesto de Egresos de la Federación y en caso de Obras Públicas, la Ley de General Asentamientos Humanos, que es un caso especial.

Por Plan Nacional de Desarrollo se entiende, de acuerdo al artículo 3º de la Ley de Planeación, lo siguiente “...la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política y cultural, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la Ley establecen.

Mediante la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades; se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y se evaluarán resultados...”

El Plan Nacional de Desarrollo, durará un sexenio presidencial “...deberá elaborarse, aprobarse y publicarse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que toma posesión el Presidente de la República, y su vigencia no excederá del periodo constitucional que le corresponda, aunque podrá contener consideraciones y proyecciones de más largo plazo...”;¹⁰⁰ el actual corresponde al periodo del 2001-2006, precisa los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral del país, contiene previsiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determina los instrumentos y responsables de su ejecución, establece los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus previsiones se refieren al conjunto de la actividad económica y social.

¹⁰⁰ artículo 21 Ley de Planeación.

Llama la atención que éste Plan Nacional de Desarrollo, no tenga una naturaleza jurídica específica, ya que no es ley, ni decreto, tampoco un reglamento ¿entonces que es?

De acuerdo al artículo 21 de la Ley de Planeación, párrafo tercero señala "...la categoría de plan queda reservada para el Plan Nacional de Desarrollo...", desde el punto de vista económico un "plan", es un proyecto para prever la actividad económica y anticipar los resultados; en caso de que no se alcancen esos resultados, ¿qué pasará?, ¿quién sancionará?, ¿existe en realidad un Plan Nacional de Desarrollo? o es una forma de justificar los motivos de porqué el partido político en turno debe encontrarse en el centro del poder, aunque éste no sea absoluto.

PROGRAMACIÓN

Otro punto que debe ser tomado en cuenta para la planeación de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, corresponde a la "programación," y que se refiere a los programas sectoriales, que serán aquellos que indique el Plan Nacional de Desarrollo y, por lo tanto, una vez establecidos "...se sujetarán a las previsiones contenidas en el Plan y especificarán los objetivos, prioridades y políticas que regirán el desempeño de las actividades del sector administrativo de que se trate. Contendrán asimismo, estimaciones de recursos y determinaciones sobre instrumentos y responsables de su ejecución..."¹⁰¹

La programación es una declaración previa de lo que se piensa hacer, a través de una serie ordenada de operaciones necesarias para llevar a cabo un proyecto, es por ello que en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, se realizan programas anuales y sectoriales de propósitos y metas que las dependencias y entidades pretenden alcanzar. De acuerdo al artículo 4º de la Ley Presupuesto Contabilidad y Gasto Público, "... la programación de gasto público se basará en las directrices y planes nacionales de desarrollo económico y social que formule el Ejecutivo Federal..."

¹⁰¹ Ibidem artículo 23

Tanto las dependencias como las entidades deben elaborar sus programas anuales de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, el cuál deberá estar listo a más tardar el 31 de marzo de cada año y se podrá poner a disposición de cualquier interesado; sin embargo, éste programa únicamente es de carácter informativo, no implicará ningún compromiso de contratación y podrá tener cambios sin responsabilidad alguna para la dependencia o entidad de que se trate.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en relación a los programas anuales señalan lo siguiente:

Artículo 20.- las dependencias y entidades formularan sus programas anuales de adquisiciones, arrendamientos y servicios, y los que abarquen más de un ejercicio presupuestal, así como sus respectivos presupuestos, considerando:

- I. Las acciones previas, durante y posteriores a la realización de dichas operaciones;
- II. Los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo;
- III. La calendarización física y financiera de los recursos necesarios;
- IV. Las unidades responsables de su instrumentación;
- V. Sus programas sustantivos, de apoyo administrativo y de inversiones, así como, en su caso, aquellos relativos a la adquisición de bienes para su posterior comercialización, incluyendo los que habrán de sujetarse a procesos productivos;
- VI. La existencia en cantidad suficiente de los bienes; los plazos estimados de suministro; los avances tecnológicos incorporados en los bienes, y en su caso los planos, proyectos y especificaciones;
- VII. Las normas aplicables conforme a la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización o, a falta de estas, las normas internacionales;
- VIII. Los requerimientos de mantenimiento de los bienes muebles a su cargo, y
- IX. Las demás previsiones que deban tomarse en cuenta según la naturaleza y características de las adquisiciones, arrendamientos o servicios.

Por su parte la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece las consideraciones que se deben tomar en cuenta para la elaboración de su programa anual; este artículo es un claro ejemplo de la similitud que hay entre ambas disposiciones, que tienen por objeto reglamentar la contratación administrativa.

Artículo 21.- las dependencias y entidades según las características, complejidad y magnitud de los trabajos formularan sus programas anuales de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas y los que

abarquen mas de un ejercicio presupuestal, así como sus respectivos presupuestos, considerando:

- I. Los estudios de preinversión que se requieran para definir la factibilidad técnica, económica, ecológica y social de los trabajos;
- II. Los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo;
- III. Las acciones previas, durante y posteriores a la ejecución de las obras publicas, incluyendo, cuando corresponda, las obras principales, las de infraestructura, las complementarias y accesorias, así como las acciones para poner aquellas en servicio;
- IV. Las características ambientales, climáticas y geográficas de la región donde deba realizarse la obra publica;
- V. Las normas aplicables conforme a la Ley Federal Sobre Metrología y normalización o, a falta de estas, las normas internacionales;
- VI. Los resultados previsibles;
- VII. La coordinación que sea necesaria para resolver posibles interferencias y evitar duplicidad de trabajos o interrupción de servicios públicos;
- VIII. La calendarización física y financiera de los recursos necesarios para la realización de estudios y proyectos, la ejecución de los trabajos, así como los gastos de operación;
- IX. Las unidades responsables de su ejecución, así como las fechas previstas de iniciación y terminación de los trabajos;
- X. Las investigaciones, asesorías, consultarlas y estudios que se requieran, incluyendo los proyectos arquitectónicos y de ingeniería necesarios;
- XI. La adquisición y regularización de la tenencia de la tierra, así como la obtención de los permisos de construcción necesarios;
- XII. La ejecución, que deberá incluir el costo estimado de las obras publicas y servicios relacionados con las mismas que se realicen por contrato y, en caso de realizarse por administración directa, los costos de los recursos necesarios; las condiciones de suministro de materiales, de maquinaria, de equipos o de cualquier otro accesorio relacionado con los trabajos; los cargos para pruebas y funcionamiento, así como los indirectos de los trabajos;
- XIII. Los trabajos de mantenimiento de los bienes inmuebles a su cargo;
- XIV. Los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran;
- XV. Toda instalación publica deberá asegurar la accesibilidad, evacuación, libre transito sin barreras arquitectónicas, para todas las personas; y deberán cumplir con las normas de diseño y de señalización que se emitan, en instalaciones, circulaciones, servicios sanitarios y demás instalaciones análogas para las personas con discapacidad, y
- XVI. Las demás previsiones y características de los trabajos.

Con el propósito de finalizar explicando de manera más amplia lo relativo al Presupuesto de Egresos de la Federación vinculándolo con la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, se anticipa lo relativo a la Ley General de Asentamientos Humanos, que es considerada para la planeación en materia de Obras Públicas, porque – como anteriormente se había mencionado – dentro de sus objetivos

se encuentran el de establecer la concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el territorio nacional, tomando en cuenta los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.

PRESUPUESTO

La Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público, en adelante LPCGP, tiene un lugar muy importante en materia de contrataciones administrativas, ya que las erogaciones que se generen para la celebración de los contratos administrativos, repercuten en el presupuesto, la contabilidad y el gasto público; el gasto que se realice en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios del sector público y de obras públicas, deberá sujetarse al Presupuesto de Egresos de la Federación y LPCGP.

El gasto público federal de acuerdo con el artículo 2º de la LPCGP "...comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o de deuda pública, y por concepto de responsabilidad patrimonial, que realizan:

- I. El Poder Legislativo,
 - II. El Poder Judicial,
 - III. La Presidencia de la República,
 - IV. Las secretarías de Estado y departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República,
 - V. El Departamento del Distrito Federal,
 - VI. Los organismos descentralizados,
 - VII. Las empresas de participación estatal mayoritaria,
 - VIII. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones VI y VII.
- Sólo para los efectos de esta Ley, a las instituciones, dependencias, organismos, empresas y fideicomisos antes citados se les denominará genéricamente como "entidades", salvo mención expresa..."

En relación al artículo anterior, cabe mencionar que dentro del gasto público está comprendida la deuda pública y que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley General de Deuda Pública, ésta, está constituida por:

"...las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamientos y a cargo de las siguientes entidades:

I.- El Ejecutivo Federal y sus dependencias;

II.- El Departamento del Distrito Federal;

III.- Los organismos descentralizados;

IV.- Las empresas de participación estatal mayoritaria;

V.- Las Instituciones que presten el servicio público de banca y crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y las de finanzas, y

VI.- Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o alguna de las entidades mencionadas en la fracciones II al V..."

Se considera a la deuda pública dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación, para proponer los montos de endeudamiento, tanto externos como internos, para el financiamiento del presupuesto federal del ejercicio fiscal correspondiente y para determinar el monto del endeudamiento, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá conocer por conducto de las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos, encargados de la coordinación del sector que corresponda, los proyectos y programas de actividades que requieran de financiamientos para su realización.

Se entenderá por financiamiento la contratación, fuera o dentro del país, de créditos, empréstitos o préstamos y serán supervisados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que podrá coordinarse con la Secretaría de Estado a la que corresponda el sector respectivo.

Siguiendo con el gasto público federal, éste se basará en presupuestos que se formularán con apoyo en programas que señalen, metas y unidades responsables de su ejecución, como son los anteproyectos de presupuesto con base en los programas respectivos de las dependencias y entidades, que serán tomados en cuenta para la elaboración del Presupuesto de Egresos de la Federación; el gasto público federal deberá ajustarse al monto autorizado para los programas y partidas presupuestales, salvo que se trate de las partidas que se señalen como de ampliación automática en los presupuestos, para aquellas erogaciones cuyo monto no sea posible prever.

El Presupuesto de Egresos de la Federación será el que contenga el decreto que apruebe la Cámara de Diputados, a iniciativa del Ejecutivo, para expensar, durante el período de un año a partir del 1o. de enero, las actividades, las obras y los servicios públicos previstos en los programas a cargo de las entidades que en el propio presupuesto se señalen y comprenderá las previsiones de gasto público que habrán de realizar:

- I. El Poder Legislativo,
- II. El Poder Judicial,
- III. La Presidencia de la República,
- IV. Las secretarías de Estado y departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República,
- V. El Departamento del Distrito Federal,
- VI. Los organismos descentralizados,
- VII. Las empresas de participación estatal mayoritaria.

Por otra parte el único artículo de la LPCGP, que se relaciona de manera directa con la contratación administrativa, es el artículo 30 que menciona: "...En casos excepcionales y debidamente justificados, se podrá autorizar que se celebren contratos de obras públicas, de adquisiciones o de otra índole, que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año, pero en estos casos los compromisos excedentes no cubiertos quedarán sujetos, para los fines de su ejecución y pago, a la disponibilidad presupuestal de los años subsecuentes..."

Tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (artículo 42) como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (artículo 43), establecen la facultad para que dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, contraten adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, sino a través de invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa, siempre y cuando el importe de los contratos no exceda de los montos máximos que al efecto se establecerán en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

El Decreto para el Presupuesto de Egresos de la Federación para el año 2002, establece en el capítulo V, relativo a las "Adquisiciones y Obras Públicas" en sus artículos 50 y 51, los montos máximos de los que pueden disponer las dependencias y

entidades para la adjudicación por medio de invitación cuando menos a tres personas y adjudicación directa de las adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas; sin embargo en caso de que las dependencias y órganos administrativos desconcentrados estén listados en los capítulos de compras del sector público de los tratados de libre comercio, las contrataciones de bienes y servicios relacionados con la obra pública previstas por dichos tratados, deberán licitarse cuando el monto de ellas supere cualquiera de los umbrales establecidos en los mismos, salvo que tales contrataciones sean incluidas como reservas a dichos tratados o se cumpla con algún supuesto de excepción a la licitación pública en términos de los referidos capítulos.

Tomando en consideración que las licitaciones públicas pueden ser internacionales, el artículo 52 fracción V del Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación, señala que los titulares de las dependencias y entidades, así como los servidores públicos autorizados para ejercer recursos públicos de las mismas, serán responsables de aprovechar la mano de obra e insumos locales y la capacidad instalada, por lo que en igualdad de condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, se deberá dar prioridad a los contratistas y proveedores locales, en la adjudicación del contrato de obra pública y de adquisiciones, arrendamiento y prestación de servicios de cualquier naturaleza, tomando en cuenta lo previsto en los tratados internacionales de la materia.

Para que dependencias y entidades, puedan obtener los recursos necesarios para la contratación administrativa se requiere en términos generales:

1. Un Plan Nacional de Desarrollo.
2. Elaboración de programas sectoriales y anuales por parte de dependencias y entidades.
3. La elaboración de un anteproyecto de presupuesto, por parte de dependencias y entidades.
4. Considerar la deuda pública de ejercicios presupuestales anteriores y los proyectados para el ejercicio presupuestal correspondiente.

CAPITULO IV. EL IMPACTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA CONFORME A LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE.

4.1 La Globalización como premisa de apertura a la economía internacional.

La economía es sin duda un elemento fundamental en el crecimiento y desarrollo de cualquier sociedad con perspectivas a la evolución y al cambio; saber qué debe ser producido, cómo y para quién, es tarea de la economía, así como la distribución de la riqueza, que por ser escasa, se requiere de un esfuerzo humano para procurarla; han existido modelos económicos que tratan de dar la mejor respuesta a esas incógnitas; así se tiene al sistema socialista, que refleja una economía de propiedad colectiva, en que el Estado únicamente produce lo que considera necesario para el país, restringiendo la libertad económica de los sujetos privados; sin embargo, este sistema económico no resultó a gran escala, siendo desplazado poco a poco, por otro sistema económico que tradicionalmente ha sido la antítesis del sistema socialista: el capitalismo, que permite una propiedad privada en los medios de producción, que se destina a los consumidores que tienen la capacidad de adquirirla, pero esto no quiere decir que el capitalismo haya triunfado, ni que sea el mejor sistema económico, pues se demuestra con hechos su fracaso, cuando se sabe que más de tres mil quinientos millones viven en situación de pobreza y subdesarrollo.

A partir de la primera guerra mundial, el capitalismo originario, tuvo una variante y es, que el capitalismo supone la intervención del Estado en las áreas estratégicas y prioritarias de la economía, con la idea de mejoramiento socioeconómico en las bases de la población, así surge la idea de la economía mixta, en donde el Estado concurre con los agentes privados de la producción en ocasiones excluyéndolos.

Actualmente la mayoría de los países tienen un sistema de economía mixta; México, lo utiliza y el caso concreto se puede ubicar en el campo de la presente investigación, esto es, las licitaciones públicas; ya que tanto el sector privado como el público se correlacionan e interactúan para obtener un fin determinado, que para el Estado es satisfacer una necesidad colectiva y para el particular la obtención de un lucro determinado, pero no sólo eso, sus expectativas serán, englobar el área de mercado a la

que va dirigida su empresa, no limitándola, por supuesto, únicamente al mercado nacional, sino tendiente a alcanzar la esfera internacional.

¿Pero porqué le interesa al productor aventurarse en el ámbito internacional? ahora que no sólo al productor privado le interesa traspasar esa frontera sino que el Estado, también tiene sus propias expectativas de evolución, crecimiento y cambio y de las que los gobernados deben estar al tanto, ya que el éxito del Estado favorecerá sólo a un reducido sector de la población y el fracaso afectará a todo el país.

Las razones que mueven tanto al productor privado como al Estado, a buscar la mejor manera de desarrollarse y lanzarse al ámbito internacional, no son meramente opcionales, sino que el giro que están tomando la economía, tecnología e información a nivel mundial desde el siglo pasado, los obliga a integrarse al famoso fenómeno de la "globalización."

La globalización, es ¿tema de moda?, ¿problema real? o ¿no es un problema?; ciertamente es un tema de moda, porque mucho se habla de él y poco se entiende a que se refiere, para una gran mayoría de la sociedad, la globalización es más una percepción que la comprensión de un concepto preciso; en consecuencia, las expectativas de ese fenómeno son inmensas y las críticas son abundantes y en algunos casos desproporcionadas. La sociedad está siendo atacada por la globalización con el mismo factor que lo detonó, "la información;" el fenómeno de la globalización es un problema, porque existen circunstancias o hechos que dificultan la obtención de sus fines, que son: lograr una apertura de mercado, comercialización, circulación de capital, modernidad tecnológica y desregulación, entre otros, que son los objetivos que promueven la uniformidad del globo, pero que también constituyen las causas que dividen en la misma medida que unen, agregando además sus aspectos negativos, como son: la desigualdad, desempleo, falta de identidad, concentración de la riqueza, afectación de la soberanía, por mencionar algunos.

Es real porque esas circunstancias o hechos se encuentran latentes en gran parte de las actividades y expectativas de vida desde el punto de vista económico, ya que la actividad económica es necesaria en todo sistema social; Gregorio Robles considera que "...dicha actividad es un subsistema económico que comprende todas las acciones de los individuos y de los grupos sociales en cuanto que intervienen en los procesos de producción, distribución y consumo de bienes, proceso en el cual, incluso los marginados también participan, fundamentalmente en el último, dado que todo individuo es consumidor, pues de otra forma no podría subsistir..."¹⁰²

Los términos "global" y "globalización" comenzaron a ser utilizados en las escuelas de negocios de las universidades de Harvard, Columbia, Stanford y otras de los Estados Unidos de América a principios de los años 80. Sobre el tema de la globalización, el destacado ensayista y profesor universitario mexicano, Pablo González Casanova, ha logrado una muy adecuada síntesis. Al respecto sostiene: "La globalización es un proceso de dominación y apropiación del mundo. La dominación de Estados y mercados, de sociedades y pueblos, se ejerce en términos político-militares, financiero-tecnológicos y socioculturales. La apropiación de los recursos naturales, la apropiación de las riquezas y del excedente producido se realiza -desde la segunda mitad del siglo XX- de manera especial, en que el desarrollo tecnológico y científico más avanzado se combina con formas muy antiguas, incluso de origen animal, de depredación, reparto y parasitismo, que hoy aparece como fenómenos de privatización, desnacionalización, desregulación, con transferencias, exenciones, y su revés, hecho de privaciones, marginaciones, exclusiones, empobrecimiento que facilitan procesos macro sociales de explotación de trabajadores, hombres, mujeres y niños. La globalización se entiende de una manera superficial, es decir, engañosa, si no se vincula a los procesos de dominación y de apropiación."¹⁰³

¹⁰² Robles, Gregorio. Sociología del Derecho. Editorial Civitas. Segunda Edición. Madrid, 1997. Pag. 154.

¹⁰³ Dr. Osvaldo Zamorano. La globalización: asunto poco transparente. Revista Avance. <http://www.chile-hoy.de>.

Existen muchas y diversas definiciones acerca del concepto de globalización, el maestro Víctor Flores Olea,¹⁰⁴ señala acerca de ella: "...entendemos por globalización, el proceso en que se generaliza la intercomunicación entre economías, sociedades y cultura donde se desarrolla y aplican tecnologías de la comunicación y la informática, junto con los acuerdos de los Estados para facilitar todo tipo de intercambios, especialmente del orden económico, desregulaciones, eliminación de barreras arancelarias y otro tipo de impedimentos a una mayor interrelación económica entre pueblos y Estados...", dicho concepto es muy claro y detallado, pero parece, que le faltan elementos que permiten situar a la globalización como fenómeno de hoy, del siglo XXI, como son: la globalización de las finanzas, del consumo y de la tecnología aplicada a la información, que permite, precisamente eso, que las finanzas, el consumo y la información se realicen en todo el mundo en tiempo real.

Este concepto está dirigido al aspecto económico y a los intercambios comerciales; en la parte que se refiere a la "...eliminación de barreras arancelarias y otro tipo de impedimentos a una mayor interrelación económica entre pueblos y Estados...", hace que nos remontemos a los antecedentes contemporáneos históricos, formales y jurídicos de la globalización, se considera que aunque la globalización posee un cierto número de características propias en relación al pasado, se le considera como una tercera fase del proceso de internacionalización de los mercados, cuyas anteriores fases van, la primera, desde finales del siglo XIX hasta antes de la Segunda Guerra Mundial y la segunda, desde esa última guerra hasta mediados de los años 80.

Lo nuevo está dado por el creciente proceso de liberalización de las economías en el cual están muy involucrados tres actores internacionales de este proceso, a saber, la Organización Mundial del Comercio (OMC), siendo su antecedente el GATT (General Agreement on Tariffs and Trade)¹⁰⁵, que es un acuerdo multilateral, que busca la apertura de los mercados a través de los compromisos de los países miembros, de

¹⁰⁴ Cfr. Flores Olea. Crítica a la Globalidad. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 2001.

¹⁰⁵ Es un acuerdo multilateral de comercio que se creó en 1º de enero de 1948 y cuyos principios fundamentales son los siguientes: 1. Cláusula de la nación más favorecida; 2. La reciprocidad; 3. La no discriminación; 4. La igualdad formal de todos los Estados; 5. Las tarifas y aranceles como únicos reguladores de los intercambios comerciales entre sus miembros.

eliminar todas las barreras al comercio del mercado, que no sean de tipo arancelario (permisos, licencias, cupos, etc.) es decir cualquier tipo de restricciones injustificadas, ya que el arancel – que es el impuesto de importación - es el único mecanismo legítimo para regular el comercio internacional y que a través de las rondas de negociaciones, los países miembros irán disminuyendo gradualmente, facilitando así el comercio y haciéndolo cada vez más abierto; en 1995 surge la Organización Mundial de Comercio, la cual a diferencia del antiguo GATT, que tenía jurisdicción sobre el sector industrial, la OMC tiene jurisdicción sobre dos nuevos sectores, – que son el comercio de los intangibles - el sector de servicios (telecomunicaciones, bancos, etc) y el sector de la ideas – la propiedad intelectual, relacionada con el comercio – después de su creación, la OMC, viene a unirse con el Fondo Monetario Internacional (FMI) – que establece las políticas monetarias - y con el Banco Mundial (BM)- que establece las políticas de financiamiento -, que son los tres organismos que van a sostener la economía mundial a partir de los años de la posguerra -primero con el GATT y posteriormente con la OMC.-

Dentro de los aspectos negativos de la globalización, se encuentra la afectación a la soberanía que vive en constante sobresalto, los procesos de globalización en la economía, la política y la cultura, que asedian y erosionan la antigua fortaleza de los Estados. Ningún país escapa a las interconexiones globales ni a la interrogación que se cierne sobre la práctica soberana; pero los estragos a la soberanía son más perceptibles en los países en desarrollo, o en las naciones de economías en construcción, que en las naciones hegemónicas que transitan con relativa fluidez por los circuitos que articulan a la aldea global. Para México, el asedio a la soberanía proviene de una doble vía: de los procesos mismos de globalización, y de las notorias debilidades y omisiones estructurales que vienen caracterizando al sistema de gobierno mexicano.

La soberanía nació conceptual y prácticamente en Europa como un atributo esencial del Estado, al conferirle un poder indivisible e inalienable, decía Rousseau, sobre la comunidad. Los Estados nacieron ante la exigencia de constituir un poder central único, con el derecho exclusivo de coerción legítima sobre una población y un territorio determinados. Es decir, los Estados nacieron como Estado-nación. La soberanía significó que los Estados contaban dentro de su territorio con una independencia, que se

pensó absoluta, en cuanto al derecho de decidir el destino de su nación frente a cualquier otra voluntad externa.

Tal idea de la soberanía como un dispositivo unitario y absoluto de cada Estado para definir sin interferencias lo que conviene a su sociedad, pareció un eco de las ambiciones de los monarcas que soñaron y ejercieron un poder sin fisuras. Con la soltura propia de un monarca absoluto, Luis XV dice en el siglo dieciocho: "...Sólo en mi persona reside el poder soberano, y es exclusivamente gracias a mí que las cortes reciben su existencia y su autoridad. La autoridad sólo puede ser ejercida en mi nombre...Pues sólo a mí pertenece el poder legislativo... Todo el poder público emana de mí, puesto que yo soy el guardián supremo... Los derechos e intereses de la nación... están necesariamente unidos a mi persona y sólo pueden descansar en mis manos..."

Pero las soberanías no pudieron formarse con ese halo de absoluto, porque establecieron un criterio de reciprocidad en las relaciones internacionales con otros Estados: el Estado-nación gozaba de soberanía plena sobre el destino de su sociedad, porque reconocía recíprocamente el mismo derecho de soberanía a otros Estados dentro de sus respectivas naciones. En la práctica, fue una noción de soberanía siempre amenazada, pues en las relaciones internacionales los países hegemónicos afirmaron sus pretensiones por la vía de la fuerza, y no a través del reconocimiento de la soberanía del otro.

La formación de los Estados liberales en el siglo diecinueve vino a delimitar esa idea de absoluto. La sociedad emergió como un campo diferenciado del Estado desde fines del siglo dieciocho, al hacer de la actividad económica su espacio propio. La sociedad, en efecto, se distinguió del Estado al excluirlo de la práctica económica, la cual se reservó como derecho exclusivo de quien se convertiría en el dios de este tiempo: el mercado¹⁰⁶. El desarrollo, en el pasado y actual siglo, del Estado democrático-representativo, vino a circunscribir aún más esa pretensión de absoluto, dado que los

¹⁰⁶ Dice Zigmunt Bauman, citando a George Henrik von Wright, "...El mercado no es la negociación interactiva de fuerzas en competencia, sino más bien el estira y afloja de exigencias manipuladas, necesidades artificiales y la avidez por las ganancias rápidas..." La Globalización, Consecuencias Humanas. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1998. pag. 78.

Estados transformaron su carácter monolítico para transitar hacia un mosaico político que buscaba ser representativo de la diversidad de intereses.

Pero no será sino con los procesos de regionalización¹⁰⁷ y globalización desatados por las innovaciones tecnológicas en la producción y la informática entre otras, que se inicia una era de replanteamiento del ordenamiento mundial en todos sus aspectos. Las diferentes decisiones de los Estados nacionales soberanos comenzaron a verse mediadas por los procesos de globalización económica, política y cultural. La soberanía tradicional se cuestionó por un proceso dual: de un lado, por el ciudadano, las organizaciones de la sociedad civil y los partidos políticos que reclaman un sentido horizontal de la política; de otra parte, por las interconexiones globales que hacen de las políticas nacionales una parte del circuito del proceso de producción de las decisiones económicas, políticas y culturales.

Para los países latinoamericanos, por otra parte, la soberanía nunca pudo tener aquella aureola de absoluto, ni en sus asuntos internos ni en los externos: su historia colonial, su difícil progresión hacia la construcción de Estados nacionales en el siglo diecinueve, la permanente gravitación de las naciones hegemónicas sobre sus destinos en este siglo, hicieron de la soberanía un valor de difícil afirmación. Quizás por ello, las franjas ganadas de autonomía son defendidas más dramáticamente cuando se ven amenazadas.

Pero históricamente, no bien las naciones latinoamericanas habían conquistado espacios de soberanía práctica, cuando los procesos de globalización soplaron con fuerza sobre una construcción de débil andamiaje. Es obvio: la internacionalización de los procesos no afecta por igual a quienes tienen Estados fuertes y economías desarrolladas que a quienes carecen de tales distintivos. Por ello, la afirmación de las nacionalidades, el rechazo a la universalización, la confirmación y recreación de identidades, la lucha por las autonomías, no contradice, sino que forma parte del mismo

¹⁰⁷ "...La regionalización interna es un atributo sistemático de la economía informacional / global. Ello es debido a que los Estados son la expresión de las sociedades, no de las economías. Lo que resulta crucial en la sociedad informacional es la interrelación compleja entre las instituciones políticas con bases históricas y los agentes económicos cada vez más globalizados..." Estado (sociedad) + Economía globalizada = Sociedad informacional. Manuel Castells La Era de la Información. Edit. Siglo Veintiuno. Tercera Edición Inglaterra. 1996 pag 128,129.

proceso. Diferentes países, grupos, comunidades, etnias, no pueden verse en el espejo de un mundo interconectado que pareciera arrasar con sus espacios primarios de identidad.

Sin embargo, los aciertos y debilidades de un gobierno no podrían entenderse como un subproducto de los procesos de internacionalización, como si las naciones fueran el simple recipiente pasivo en el cual la globalización ensaya sus interconexiones. De ningún modo, y México es un ejemplo; Enrique González Pedrero apunta "...para finales de los años 80, la globalización se volvió en México, un proyecto de gobierno. El grupo en el poder decidió cambiar por completo el rumbo económico del país. Para ingresar a los grandes canales del mundo global se cambiaron estrategias económicas que eran, ciertamente, nacionalistas y proteccionistas a ultranza..."¹⁰⁸, así México, no podía seguir desarrollándose sin comunicarse a la economía de Estados Unidos, por lo que se realiza el Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

Los gobernantes mexicanos asumieron parcialmente y de manera sesgada los procesos de globalización. Sólo atendieron la modalidad económica y, además, sin afirmar un proyecto nacional que mediara las exigencias internacionales con las necesidades y valores internos. El *proyecto nacional* ha consistido en asumir como decisiones soberanas aquello que los criterios internacionales imponen. Han negado la condición histórico social en la que México existe con tal de aplicarse en fórmulas abstractas que convierten en simple cifra fenómenos de carácter social y político, imposibles de comprender y conducir, si se les asimila como simples dígitos de ecuaciones matemáticas. Han fallado en la conducción soberana no por los procesos de interconectividad económica, que pueden desarticular a cualquiera, sino porque no han estructurado mediaciones políticas y sociales que permitan reciclar y reconvertir lo externo. En este punto, el vacío decisional y la omisión de estrategia política son casi absolutos.

¹⁰⁸ Cfr. González Pedrero. El Estado Mexicano: Globalización y Modernidad. Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 2001. Pag. 84.

El tema de la soberanía, es vasto en todos los ámbitos, pudiéndole dedicar una tesis completa, situación que no es objetivo de ésta investigación; razón por la que de manera muy sencilla se toca lo relativo a la soberanía en un aspecto muy concreto y general; así por último, se puede decir que el asedio a la soberanía implica su reconstrucción; es decir, la creación de un tramado institucional con proyecto propio que permita mediar el flujo y contra flujo de las tendencias de interconexión global. Ampararse en el ambiente internacional para justificar la perplejidad, la parálisis, la actuación *a posteriori* de los gobernantes, es un mal pretexto. La soberanía sigue siendo un valor que puede reelaborarse desde una definición cultural propia, sin dar la espalda a los procesos globales que mueven el mundo de hoy; un valor, que debe impedir que la sociedad sea un gran campo de experimentación de modelos económicos, de tránsito indiscriminado de intereses y arbitrios que se sobreponen y erosionan a lo que la nación necesita y merece.

En este contexto, la soberanía resulta indispensable, para que los Estados nacionales puedan cumplir con los requisitos que el cambio tecnológico requiere en los niveles cultural, económico y de bienestar físico de sus poblaciones. Sólo asegurando que todos los Estados nacionales, tengan ventajas competitivas que permitan la difusión de los procesos de producción en el globo, es que se puede lograr que la globalización tenga un impacto más allá del beneficio pecuniario de unas corporaciones transnacionales. El ejercicio de la soberanía en ese sentido, es fundamental para insertarse en la corriente internacional del comercio y las finanzas, para asegurar financiamiento internacional compensatorio, cuando resulte perjudicado un Estado nacional, en los arreglos internacionales que acometa y para implantar una política nacional que eleve el nivel cultural y material de la población que le permita acoplarse a y aprovecharse del cambio tecnológico.

Si en el pasado el ejercicio de la soberanía era sinónimo de proteccionismo; hoy en día, en términos generales, el proteccionismo ha dejado de ser un instrumento útil para el desarrollo económico. Sin embargo la soberanía es indispensable para la negociación que requiere la modernidad. Entendida la modernidad no como un fetichismo de lo nuevo sino como el dominio de las técnicas de comunicación y procesamiento de

información que permite adaptar el cambio tecnológico a las particularidades de cada Estado nacional.

México, por muchos años permanece ajeno a los procesos de globalización de la economía; antecedente de ello, es la situación política que guardaba México, a finales de los años 70 y principios de los 80, con los gobiernos de Echeverría y López Portillo, en que existía un proteccionismo económico basado en la economía de la petrolización -ya que del 75% al 80% de las exportaciones mexicanas eran de petróleo- acompañado además de una burguesía nacional como motor fundamental del desarrollo, sin embargo vino la crisis de la caída de los precios del petróleo y el incremento -por la elevada tasa de interés- de la deuda externa, provocando así una fuerte crisis nacional que traería como consecuencia las grandes transformaciones de la economía en México, por un lado la privatización de las empresas nacionales, ya que el Estado no podía seguir financiándolas con recursos públicos y por el otro la adhesión de México al GATT, en el año de 1986, que es considerada una adhesión tardía -si se toma en cuenta que el GATT existió desde 1947, y que en 1995, surge la OMC-.

México a partir de su adhesión al GATT, tiene un dinamismo negociador en el ámbito internacional, con los acuerdos de libre comercio, basándose en el artículo 24 del mismo ordenamiento, relativo a los procesos de integración que incluye zonas de libre comercio y uniones aduaneras, inclinándose México por celebrar tratados de libre comercio que no tienen una intención integracionista, como es el caso del TLCAN, pues ni Estados Unidos ni Canadá ni México, tienen la intención de integrarse, ni de seguir avanzando en los procesos de integración, convirtiéndose así en un acuerdo comercial que tiene por objeto únicamente la total apertura comercial, pero siguiendo con el esquema del arancel, ya que se debe tomar en cuenta que los mercados participativos son asimétricos y que debe existir para los mercados menos favorecidos una compensación, para sus productores en la competencia internacional, frente a otros competidores con mayor poder, es por eso que ninguno de los países que forman ahora parte de la OMC - anteriormente GATT- han eliminado completamente sus aranceles, aunque existen países como Estados Unidos, Japón e Inglaterra que ya podrían eliminarlos, pero no lo hacen precisamente por constituir una protección a la producción nacional, encareciendo el producto importado.

Ahora que debe tomarse en cuenta, que el objetivo del TLCAN, es eliminar barreras no arancelarias y arancelarias, entre México, Estados Unidos y Canadá, en el término de 10 años, plazo que está a tan sólo 2 años de llegar, es decir, en tan sólo 2 años se supone que habrá una libre circulación de mercancías por Norte América, situación que es de gran preocupación, ya que está por desaparecer el único mecanismo de protección que se tiene como mercado asimétrico y emergente frente a Estados Unidos y Canadá: el arancel.

"...México, como país emergente o en desarrollo, sustenta su competitividad en el abatimiento del costo de la mano de obra y de los costos ambientales, [ejemplo de ello lo se puede ver en los contratos de trabajo, en los que ya no se ven posibilidades de aumento del salario, sino en las medidas de permanencia y estabilidad en el trabajo, tales son los casos de la Volks Wagen o la Ford]; mientras que los países desarrollados, como Estados Unidos, sustentan su competitividad en el desarrollo tecnológico, es por eso que un obrero de dicho país gane 2 ó 3 veces más que en México, ya que para ser competitivos no tienen que pagarle menos salarios a los obreros o abatir condiciones ambientales, sino todo lo contrario..."¹⁰⁹

El TLCAN, incluye un capítulo denominado "Compras del Sector Público", que será tratado en relación a las licitaciones internacionales, en el siguiente punto (4.2), en él se incluyen la aplicación o cobertura de las obligaciones en relación de las compras que realicen, una entidad de un gobierno federal, una empresa gubernamental, o una entidad de gobiernos estatales o provinciales, es decir las partes podrán ser cualquiera de los anteriormente mencionados de cualquiera de los tres países (Estados Unidos, México o Canadá) y un particular, empresa privada, también de cualquiera de los tres países, pero ¿qué no se acaba de plantear el problema de la asimetrías de los mercados, la competencia irreal, los abatimientos de los costos en sectores distintos de la economía? ¿se tiene la posibilidad de competencia?, pues bien se debe recuperar la capacidad de poder diseñar políticas comerciales propias, que permita garantizar el crecimiento económico del país, pues si de algo se carece es de empleo, situación que pone en evidencia la falta de crecimiento económico y el exceso de crecimiento demográfico.

¹⁰⁹ Ruperto, Patiño Manfer. Coloquio Interdisciplinario. Globalización, Derecho y Constitución. UNAM 2002.

Entonces debe existir una correlación entre productor y gobierno, en el que el segundo pueda plantear un plano de competitividad para el desarrollo del empresario, pues si no existe el panorama adecuado, como una reforma fiscal, financiera, infraestructura, seguridad, etc. el empresario no podrá ser competitivo ni siquiera en una escala nacional, ya no digamos internacional, pues el gobierno no establece un ambiente económico competitivo, por lo que debería otorgar una compensación.

En la apertura internacional del sector público, el caso de México es contrario al de Japón que mantiene protegido de la competencia mundial, las obras públicas y el comercio al por menor, esto es porque los servicios públicos y las instituciones gubernamentales representan entre un tercio y más de la mitad de los puestos de trabajo de cada economía, por lo que seguirán fuera de la competencia internacional.

Para concluir, cabe decir que la globalización, es un fenómeno que no se soluciona tratando de evitarlo - que sería imposible - sino de aceptar el cambio de acuerdo a la realidad social de cada país; una fórmula óptima de organización política, para un país como México, es la de un Estado Social y Democrático de Derecho, en la que confluyen cuatro factores: la libertad, la seguridad, la participación ciudadana y la justicia distributiva. Propiciar una economía social de mercado, en la que exista una estrecha relación entre la libertad de mercado y el mejoramiento social; por otro lado se debe establecer una estructura económica, donde el ahorro, la productividad y la protección del medio ambiente puedan coexistir como una economía no monopólica, que promueva la distribución de ingresos de una manera equitativa. Un Estado que pueda responder con eficiencia porque lo apoya una sociedad participativa que incluye una iniciativa privada consciente de los reclamos sociales y dispuestos a cambios que benefician a todos.

El Estado Nacional puede establecer mecanismos que eviten los efectos destructivos de la globalización - aunque no sean suficientes - como el frenar las inversiones

especulativas¹¹⁰ y evitar la concentración exacerbada de la riqueza, fomentando así distribución de manera más justa; fomentar un Estado con capacidad de acción en función del interés público para contrarrestar desigualdades; "...el Estado Nacional, supone una evolución del individuo para convertirse en ciudadano activo y participe en una sociedad que ya no se concibe sólo como beneficiaria pasiva; una sociedad que, a través de sus organizaciones, contribuya a la formación de políticas distributivas y a las decisiones de política económica..." "...hay que fomentar una democracia no sólo representativa sino participativa..."¹¹¹

Ante el fenómeno globalizador las empresas mexicanas pequeñas y medianas deben formar estrategias que les permita especializarse en un solo campo o bien realizar alianzas que refuercen las propuestas económicas y tecnológicas en los procedimientos licitatorios. Es necesario educar al personal a fin de que desarrolle una cultura de colaboración con asociados, donde la conciliación de criterios y el entendimiento negociado constituyan la base del trabajo en conjunto.

Un ejemplo de alianzas estratégicas, como producto de la economía globalizada se puede ver en el proyecto Cantarell, que se desarrolló por medio de un consorcio internacional integrado por:

- BOC Gases, empresa inglesa, líder del grupo, experta en producción y venta de gases.
- Marubeni, japonesa, básicamente como inversionista, a cargo de la porción individual más importante del crédito del Eximbank de Japón.
- West Coast Energy, canadiense, experta en distribución de gases por ductos.
- Linde, alemana, reconocida por su experiencia en la fabricación de separadores de aire.
- ICA Fluor Daniel, a cargo de la ejecución del proyecto.

En efecto, se trata de la elaboración de un proyecto a gran escala en el que difícilmente una sola empresa podría abarcar todas las especialidades, por eso es importante que aunque la empresa sea pequeña, debe delimitar su campo de especialización y ser competitiva.

¹¹⁰ Operación sobre mercaderías, valores o inmuebles, hecha con el objeto de obtener un beneficio con su reventa o explotación. Diccionario Jurídico. Thesaurus. Programa de Computo.

¹¹¹ Cfr. González Pedrero. El Estado Mexicano: Globalización y Modernidad. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 2001 pag 87.

4.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la licitación pública en su modalidad de Internacional.

En noviembre de 1988 los presidentes George Bush y Carlos Salinas de Gortari, realizaron las primeras convocatorias gubernamentales para la firma de un Tratado de Libre Comercio, en el marco llamado "el espíritu de Houston", que era la posibilidad de una opción distinta en las relaciones de México y Estados Unidos: la cooperación.¹¹²

Este tratado se realizaría con el objetivo de: 1. proveer bienestar creciente y duradero para los países involucrados, con la eliminación de las barreras proteccionistas y arancelarias, pero que no impulsan crecimiento de las exportaciones; 2. además del avance en la economía mexicana que permitiría un incremento considerable en las compras hechas a Estados Unidos desde México. Dichos objetivos constituyeron un sofisma, pues los beneficios de un comercio más libre se miden por los cambios económicos que se desenvuelven por más largos periodos y no de una creciente armonía entre las estructuras productivas; con esta idea, podríamos ver de cada lado cuánto se ha incrementado el superávit de los países parte, desde que entró en vigor el TLCAN. En México, el Presupuesto de Egresos de la Federación, nunca se ha realizado teniendo un superávit, así que el avance económico no ha sido constante a partir del TLCAN; de allí que el planteamiento sea un sofisma, porque se pretende que los objetivos sean verdaderos, pero no se ajustan a la realidad.

El 12 de agosto de 1992, el Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México, Jaime Serra; el Ministro de Industria, Ciencia y Tecnología y Comercio Internacional de Canadá, Michael Wilson; y la Representante Comercial de Estados Unidos, Carla Hills, concluyeron las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Funcionarios de los tres gobiernos recibieron el encargo de concluir el texto lo antes posible. Este se haría del conocimiento público una vez terminada su redacción;

¹¹² También es llamado el espíritu de la cooperación, que fue benéfico para México, ya que vino a sustituir la indiferencia recíproca durante la Guerra Fría, y el reclamo constante de Ronald Reagan.

"...siempre se negó que existiera una negociación con Estados Unidos..." "después ocurrió que si existió, y entonces se produjo un proceso de justificación utilizando para ello naturalmente los medios de comunicación. Pero a eso no se le llama debate. A eso se le llama propaganda..." "...por eso pienso que el dialogo – palabra que prefiero usar en vez de debate – sobre el problema del TLCAN, se dio *ex post facto*, no antes..."¹¹³; ¿pero qué dialogo podía darse en esa situación?. Era una decisión tomada por el gobierno de entonces – en el que se encontraba Carlos Salinas de Gortari -. No bien teníamos escasos nueve años de habernos adherido al GATT, cuándo es celebrado un tratado de Libre Comercio con Estado Unidos y Canadá, países que además de tenernos ventaja en las negociaciones internacionales, tienen "experiencia en realizarlas"; quizá por eso el gobierno mexicano no pudo – o no quiso- tomar la medidas jurídicas y económicas necesarias para proteger el comercio interno; la desventaja de temporalidad de pertenecer al GATT – Estados Unidos y Canadá, pertenecen a dicho acuerdo desde su creación en 1947 – trae como consecuencia, una asimetría en el tiempo de desgravación arancelaria ya que México no tiene antecedentes sobre desgravación arancelaria anterior a su adherencia al GATT.

Después de haber concluido el texto, el 1 de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre México, Estados Unidos y Canadá; pero ¿qué es el TLCAN y cuáles son sus objetivos?. El TLCAN, es un conjunto de reglas para fomentar el intercambio comercial y los flujos de inversión entre los tres países, mediante la eliminación paulatina de los aranceles o impuestos que pagan los productos para entrar a otro país; el establecimiento de normas que deben ser respetadas por los productores de los tres países y los mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir.

En cuanto a sus objetivos el mismo tratado señala los siguientes:

1. Integrar una región en donde el comercio de bienes y servicios y las corrientes de inversión sea más intenso, expedito y ordenado para beneficio de los consumidores e inversionistas de la región.
2. Eliminar barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa.
3. Incrementar las oportunidades de inversión.

¹¹³ González Pedrero. El Estado Mexicano: Globalización y Modernidad. Edit. Fondo de Cultura Económica. México 2001. pag. 83

4. Proteger la propiedad intelectual.
5. Establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias.
6. Fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral.

Estos objetivos serán logrados por las partes, mediante el cumplimiento de los principios y reglas del tratado, como los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia en los procedimientos. Cada país ratifica sus respectivos derechos y obligaciones derivados del GATT y de otros convenios internacionales.

Recordando el punto anterior (4.1), en materia económica los países parte (Estados Unidos, Canadá y México) del tratado en comento, son total y completamente asimétricas así como en materia jurídica, situación que se puede ver en el campo de la presente investigación: Las Licitaciones Públicas en su modalidad de internacional.

Una de las asimetrías más notables e importantes es en materia jurídica, ya que el artículo 133 Constitucional señala:

“...Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados...”

Esto quiere decir que el TLCAN, es Ley Suprema de toda la Unión, - claro siempre y cuando no contradiga a la Constitución – y superior también a las Constituciones de los Estados de la Federación con aplicación inmediata para toda la nación; mientras que para Estados Unidos es un instrumento reglamentado a través de una Ley de Implementación y que no tiene obligatoriedad en algunas materias, como las compras gubernamentales para los gobiernos de los estados federados y en el caso de Canadá para las provincias, así es que, mientras para México el Tratado es lo máximo en jerarquía de leyes, para Estados Unidos el Tratado se regula por una ley de complemento y sin obligatoriedad absoluta.

Tomando en cuenta que el TLCAN, es Ley Suprema de toda la Unión, se puede afirmar que en caso de que estemos frente a licitaciones públicas internacionales se realizarán con apego a lo señalado en el TLCAN y no a la legislación nacional, esto en razón de poder dar un trato igualitario a todos los interesados ya que en algunas disposiciones contenidas en los artículos del TLCAN, no son contempladas en la legislación nacional; el artículo 1008 del Capítulo X denominado "Compras del Sector Público", regula lo relativo al procedimiento licitatorio en el ámbito internacional, las etapas son muy similares a las que están reguladas en las leyes reglamentarias de la Contratación Administrativa para México, ya mencionadas en el punto 2.6 del Capítulo II de la presente investigación, estas etapas son:

1. Invitación a participar o convocatoria. (artículo 1010 del TLCAN)
2. Calificación de proveedores (artículo 1009 del TLCAN. No está contenida en la legislación mexicana).
3. Elaboración de bases de la licitación. (artículo 1013 del TLCAN)
4. Presentación, recepción y apertura de ofertas. (artículo 1015 del TLCAN)
5. Adjudicación. (artículo 1015 del TLCAN)

Hay algunas situaciones dentro de las etapas del procedimiento licitatorio que no son contempladas en la legislación, así están los siguientes casos:

Dentro del contenido de la convocatoria – o invitación a participar - se indicará si la licitación es pública o "selectiva". La licitación selectiva es lo que en la legislación se conoce como invitación cuando menos a tres personas, que constituye una de las excepciones a la licitación pública y que en el ámbito internacional, se procurará la invitación al mayor número de proveedores nacionales y de proveedores de las otras partes, que sea compatible con el funcionamiento eficiente del sistema de contratación a fin de garantizar una óptima competencia.

Siguiendo con el contenido de la convocatoria, en algunos de sus párrafos hace referencia a una "lista de proveedores" como el siguiente "...la dirección a la que debe remitirse la solicitud para ser invitado a la licitación o para calificar en la lista de proveedores..." (inciso d del párrafo 2 del artículo 1010 del TLCAN), ésta lista tiene relación con la etapa de calificación de proveedores que se encuentra regulada en el

artículo 1009 del TLCAN, y señala que en la calificación de proveedores "...ninguna entidad de una Parte podrá discriminar entre proveedores de las otras Partes ni entre proveedores nacionales y proveedores de las otras Partes..." "...una entidad reconocerá como proveedores calificados a aquellos proveedores de otra Parte que reúnan las condiciones requeridas para participar en una compra determinada..."; los aspectos que serán tomados para obtener la calificación, serán principalmente, al igual que en la legislación mexicana, la capacidad técnica, comercial y financiera, siempre con el fin de asegurar el cumplimiento del contrato de que se trate.

La diferencia que existe con la legislación mexicana es que, en efecto se exigen ciertas condiciones que se establecen en las bases de la licitación, para poder presentar propuestas en el momento indicado, pues si el interesado de antemano sabe que no reúne las condiciones adecuadas para que su propuesta sea considerada, simplemente no la presenta; ahora que en el TLCAN, la calificación se hace con la intención de realizar una lista de proveedores que cumplen con las condiciones exigidas y, después estos presentaran sus propuestas. Anteriormente en la legislación mexicana, existió algo parecido que era el hecho de pertenecer a un padrón de contratistas o proveedores y en caso de que no estuviera el proveedor o contratista inscrito en dicho padrón, debía realizar el procedimiento necesario para estarlo, en México dicho padrón se omitió con la idea de evitar un mero trámite burocrático ya que se consideraba que de cualquier manera el interesado debía mostrar su idoneidad. En el TLCAN los interesados que no se encuentren en la lista de proveedores, tendrán la oportunidad de solicitar su calificación, siempre y cuando se encuentren a tiempo, ya que la lista de proveedores no se realiza con fines de exclusión.

En esta misma calificación de proveedores, llama la atención el párrafo 4 del artículo 1009, referente a la calificación de proveedores, que señala "...una entidad no podrá excluir a un proveedor por motivos tales como quiebra o declaraciones falsas..."; tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) señalan que las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o contratar en las materias que regulan - las mencionadas leyes - con aquellos interesados que hayan sido declarados en suspensión de pagos, estado de quiebra o sujetas a concurso

de acreedores. Es decir hay una contradicción, entre lo dispuesto en el TLCAN y la legislación mexicana.

Otra de las asimetrías que existen entre el TLCAN y la legislación nacional, es relativa a las excepciones de la licitación pública en el ámbito nacional, pues como ya se ha explicado en el punto 2.6 relativo a la modalidades, etapas y excepciones de las licitaciones públicas, las únicas excepciones reguladas son: la invitación cuando menos a tres personas o licitación cerrada, también llamada por el TLCAN "licitación selectiva" y la adjudicación directa que en el mencionado tratado es denominada "licitación restringida", pero esta denominación no se ajusta a lo ya explicado en el punto 2.3, pues la licitación restringida, lo es en razón de que concurren los interesados limitativamente en razón de ciertos factores que deben cumplir para poder concurrir, como el registro en un padrón, antigüedad del negocio, o situaciones económico financieras; inferimos que cuando el texto de el TLCAN, menciona "licitación restringida", se refiere a una adjudicación directa, ya que los casos en que se realizará este tipo de adjudicación, regulados en el artículo 1016 párrafo 2 del TLCAN se ajusta a los casos previsto en la legislación nacional para la adjudicación directa.

En la legislación nacional, las leyes que reglamentan los contratos administrativos son las ya mencionadas: Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ambas consideran el ámbito internacional de la siguiente manera:

"...Las licitaciones publicas podrán ser:

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 sean nacionales no se tenga celebrado un tratado y ese país no conceda un trato recíproco a los licitantes, contratistas, bienes o servicios mexicanos...”

Las convocatorias podrán referirse a una o más obras públicas o servicios relacionados con las mismas; y contendrán:

“...la indicación de si la licitación es nacional o internacional; y en caso de ser internacional, si se realizara o no bajo la cobertura del capítulo de compras del sector público de algún tratado, y el idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones...”

“...Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta, inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante este periodo, y contendrán en lo aplicable como mínimo, lo siguiente:

Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;

Moneda o monedas en que podrán presentarse las proposiciones. En los casos en que se permita hacer la cotización en moneda extranjera se deberá establecer que el pago que se realice en el territorio nacional se hará en moneda nacional y al tipo de cambio de la fecha en que se haga dicho pago...”

“...El plazo para la presentación y apertura de proposiciones de las licitaciones internacionales no podrá ser inferior a veinte días naturales, contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria...”

Lo anterior ha sido citado a la letra de la LAASSP y la LOPSRM, pero se ha omitido el numeral de los artículos por no ser coincidentes en ello, pero sí en el contenido de los mismos que es lo esencialmente importante, como anteriormente se ha mencionado son casi idénticos; esto con efectos de evitar repeticiones al citar una y otra ley.¹¹⁴

El reglamento de la LAASSP, por su parte en el ámbito internacional agrega además de lo anteriormente citado lo siguiente:

¹¹⁴ Artículos: 28 fracción III, 29 fracción IV, 31 fracción IV y V, 43 fracción V, de la LAASSP y los artículos: 27 tercer párrafo, 30 fracción II, 31 fracción V, 33 fracción V y VI, 34, 44 fracción V de la LOPSRM.

Artículo 2. "...Las políticas, bases y lineamientos en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y de prestación de servicios de cualquier naturaleza..." "...deberán prever en la medida que les resulten aplicables, los aspectos siguientes:

- IV. Los lineamientos que aseguren la participación de licitantes nacionales y extranjeros en igualdad de condiciones de entrega de bienes o servicios, considerando que para licitaciones públicas e invitaciones a cuando menos tres personas de carácter internacional, deberán aplicar los términos internacionales de comercio, a efecto de establecer en las bases de licitación, invitaciones y contratos que el proveedor será responsable de entregar los bienes en el territorio nacional, y definir quién de las partes asumirá la responsabilidad de efectuar los trámites de importación y de pagar los impuestos y derechos que se generen. En caso de que se determine que sea el proveedor quien asuma dicha responsabilidad, no podrá hacerlo la dependencia o entidad..."

Artículo 23.- "...Para determinar el carácter internacional de una licitación pública, cuando se opte por ésta..." "...deberá considerarse lo siguiente:

- I. Para demostrar la inexistencia de oferta de proveedores nacionales respecto de bienes en la cantidad o calidad requeridas, la dependencia o entidad deberá utilizar cualquiera de las siguientes metodologías:
 - a) Análisis de información de la que se advierta que, habiendo celebrado por lo menos un procedimiento de licitación pública nacional, en un lapso no mayor a doce meses anteriores a la fecha de investigación, sólo se hayan presentado propuestas que no cubrieron los requisitos técnicos solicitados;
 - b) Análisis de información de la que se desprenda que los productos nacionales no satisfacen adecuadamente las necesidades para las que son requeridos, debiendo acreditarse las deficiencias de calidad, o
 - c) Análisis de la información del mercado que incluya la de las cámaras, asociaciones, agrupaciones industriales o comerciales representativas del ramo correspondiente, por la que se determine si existe proveedor nacional y, en su caso, si éste puede cumplir en términos de cantidad y calidad requeridas por la convocante.
- II. En caso de que sí existan en el mercado proveedores nacionales, conforme al análisis a que alude el inciso c) de la fracción anterior, la dependencia o entidad deberá determinar si el precio nacional es conveniente o no, para lo cual utilizará al menos una de las siguientes metodologías:
 - a) Comparación de los precios en el mercado nacional prevalecientes al menos con un año de anterioridad a la fecha de realización del estudio, con los precios de los mismos bienes producidos y ofrecidos en el extranjero durante el mismo período. Dicha comparación deberá hacerse al menos recabando los precios de dos proveedores extranjeros, preferentemente fabricantes, y bajo condiciones de entrega con destino final en territorio mexicano y pago de impuestos. Si los precios no corresponden a fabricantes, deberá señalarse la razón de ello;
 - b) Comparación del precio del bien en México, en el año inmediato anterior a la fecha de realización del estudio de comparación, con el que durante el mismo período la propia contratante u otras dependencias o entidades hayan adquirido el bien de las mismas características en el extranjero, o
 - c) Comparación del precio nacional con el que resulte de realizar las actualizaciones correspondientes conforme a las publicaciones de índices o referencias de precios internacionales.

Las metodologías descritas en esta fracción podrán aplicarse a la contratación de servicios.

En todos los casos, las comparaciones se efectuarán en igualdad de condiciones. Para tal efecto, considerarán los mismos bienes o servicios, anticipo, precio fijo o variable, plazos y lugares de entrega, moneda y pago, entre otras.

En función de los resultados obtenidos se determinará el carácter internacional de la licitación, cuando el precio del bien nacional exceda el precio del bien extranjero, dejando en el expediente respectivo constancia de ello y de las metodologías empleadas..."

Artículo 25.- "...La Secretaría de Economía publicará en los términos del artículo 28, fracción II de la Ley, la lista de los casos que en las licitaciones internacionales sea pertinente vigilar que sus precios no se coticen en condiciones de prácticas desleales de comercio.

Cuando las dependencias y entidades, a través de una licitación internacional pretendan adquirir algún bien que se encuentre relacionado en la lista aludida, deberán establecer en las bases de licitación como requisito para los licitantes la presentación en el sobre que incluya la propuesta económica, de un escrito que contenga la manifestación, bajo protesta de decir verdad, de que los precios de su propuesta no se cotizan en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional en su modalidad de discriminación de precio o subsidios.

En el citado escrito el licitante señalará el precio promedio de su bien puesto en planta, prevaleciente en el mercado interno del país exportador, o de exportación a un país distinto de México, en un periodo de un año anterior a la fecha de presentación de la propuesta y en la misma moneda de la propuesta con la que participa en la licitación.

La omisión en la presentación del escrito de referencia será motivo para descalificar al licitante. Las dependencias y entidades deberán remitir a la Secretaría de Economía, la información contenida en la manifestación, situación que no dará origen al desechamiento de la propuesta..."

Artículo 33.- "...Tratándose de licitaciones públicas sujetas a las disposiciones en materia de compras del sector público de los tratados, el plazo entre la publicación de la convocatoria y el acto de presentación y apertura de propuestas, no podrá ser inferior a cuarenta días naturales, salvo en los casos de urgencia debidamente justificados por el titular del área solicitante, en los cuales podrá reducirse a no menos de diez días naturales, conforme a las disposiciones de los tratados..."

Artículo 48.- "...Solamente los fallos de las licitaciones internacionales que se realicen bajo la cobertura de las disposiciones en materia de compras del sector público de los tratados, se publicarán en el Diario Oficial de la Federación, dentro de los setenta y dos días naturales siguientes al de su emisión, precisando el nombre y domicilio de la convocante, número de licitación, descripción genérica de los bienes o servicios objeto de la licitación, fecha del fallo, nombre y domicilio de los licitantes ganadores, así como las partidas y monto total adjudicado a éstos..."

Los artículos anteriormente mencionados, han sido citados con el objeto de hacer notar que la legislación mexicana sí incluye la regulación de las licitaciones públicas en el ámbito internacional; esto se debe precisamente a que tanto las leyes y reglamentos que regulan los contratos administrativos, son de reciente creación (enero del 2000), por lo que cabría preguntar ¿porqué entonces, existen las asimetrías anteriormente mencionadas entre el TLCAN y la legislación nacional, si ésta última casi se ajustó al contenido del mencionado tratado?

Como se ha dicho, cuando la naturaleza de una licitación pública sea de carácter internacional, de acuerdo al texto constitucional, se realizará con apego a lo establecido en los tratados – por ser Ley Suprema de toda la Unión - sin embargo el TLCAN, en su artículo 1019 denominado “suministro de información”, menciona que cada parte publicará sin demora cualquier ley, reglamentación, precedente judicial, resolución administrativa de aplicación general y cualquier procedimiento, incluso las cláusulas contractuales modelo, relativas a las compras del sector público, comprendidas en el capítulo de compras del sector público, por lo que es posible que los procesos de licitaciones internacionales, se realicen siguiendo los lineamiento de la legislación mexicana, siempre y cuando los procedimientos sean explicados en igualdad de condiciones a todos los interesados y proveyendo de igual manera, toda la información necesaria.

En el aspecto económico vale la pena mencionar que también existen asimetrías en esta área, que impactan directamente en la sociedad, ya no digamos las cuestiones comerciales, agropecuarias o automotrices, donde también hay una desproporción marcadísima con Estados Unidos y Canadá.

Hay que reconocer el limitado papel del mercado mexicano, para responder a las nuevas circunstancias a la luz del TLCAN; sabemos que el incremento del ingreso real del trabajador, es el incremento de la productividad, pero el problema radica en determinar, cuáles son las variables que pueden explicar el incremento de la productividad, lo que sí sabemos es que ésta dependerá en gran parte de una fuerza de trabajo más “educada” del mejoramiento de la tecnología y de un ambiente competitivo en las empresas, pero mientras estas circunstancias no se presenten a gran escala, el

incremento del ingreso real del trabajador no se dará, por lo que traerá como consecuencia otro problema: la migración ilegal económica o laboral.

Aunque la migración ilegal, no sea un problema que se origina por el TLCAN, ha sido una problemática económica y social, en donde no se genera un crecimiento económico, menos aún su distribución capaz de arraigar a quienes, por falta de oportunidades de empleo e ingreso en su propio país, se ven forzados a buscarlos en el exterior más inmediato. Es por ello, que en el campo de las licitaciones públicas nos cuestionamos: ¿qué tan efectiva resulta la participación extranjera?, de manera inmediata podríamos responder, que habría dos efectos: uno positivo y uno negativo; el primero lo sería en el sentido de que habría inversión extranjera en el país, así como un mejor uso de tecnología en el cumplimiento de los contratos, por tratarse de países desarrollados; el aspecto negativo lo sería en que, como se ha venido planteando a lo largo del presente capítulo, la situación económica, comercial, productiva y de industrialización en México y sus empresas, se encuentran en vías de desarrollo, situación que nos pone en desventaja con Estados Unidos y Canadá que son países de primer mundo; esto trae como consecuencia, que al encontrarse como interesados, empresas de cada una de las partes en igualdad de circunstancias, frente a los procesos licitatorios, existirá un desequilibrio en la competencia, pues en la práctica sabemos que las empresas no son iguales, en capacidad económica, financiera y menos aún en tecnología.

Perder las licitaciones públicas por parte de las empresas mexicanas, provocará a largo plazo, la falta de campo de trabajo en las áreas obrera, técnica, profesional y empresarial, generando alarma social, ya que la mayoría de los ciudadanos, desempeñan un rol significativo en dichas actividades, para lograr una subsistencia económica que la sociedad exige. Al no encontrar un campo de desarrollo en cualesquiera de las áreas anteriormente mencionadas – aunque se sabe que hay más – se acudirá al exterior convirtiéndose el ciudadano en competencia de su propio país.

Por último se puede decir, que ya no se trata de una discusión – como en un principio – que se encaminaba a decidir si el TLCAN se firmara o no, sino de un debate fresco que reconoce los profundos cambios en los que se encuentra inmersa la sociedad, así

como la insuficiente institucionalidad, relativa al ejercicio pleno de la nación soberana que se sigue siendo.

“...Los rezagos económicos y sociales de este país, el efecto concentrador de la riqueza y promotor de mayor desigualdad que, ahora nadie lo discute, ha provocado la apertura indiscriminada del sistema económico, pudieran convertirse, en no mucho tiempo, en las mejores razones para reflexionar y, en la medida de las posibilidades, reformar la letra de este trascendente instrumento (TLCAN)...”¹¹⁵

¹¹⁵ Cfr. Novelo Urdanivia. Seis años del TLC: un balance preliminar. UAM 2000, pag. 155.

4.3 Medios de Defensa en el Procedimiento de contratación (licitatorio).

A través del procedimiento licitatorio o una vez concluido, es probable que surjan ciertas inconformidades y quejas de los interesados con las dependencias o entidades que emiten la convocatoria, estas quejas e inconformidades están fundamentadas en el artículo 8º de la Constitución, que es relativo al derecho de petición, del cual gozan los particulares que se encuentran en la República Mexicana. Tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), contienen un título denominado " de las inconformidades y del procedimiento de conciliación" concerniente a la posibilidad de protección de los intereses de quienes participan en los procedimientos licitatorios en contra de los actos que los particulares juzguen ilegales y son: la inconformidad y la conciliación, agregando además en última instancia el recurso de revisión que veremos más adelante.

Es necesario señalar que la inconformidad, no es un recurso administrativo, ni un medio de impugnación sino una instancia, entendida ésta como una conducta del particular que activa las funciones de los órganos de autoridad; es una etapa del procedimiento oficioso administrativo para verificar el cumplimiento de las obligaciones; no es un recurso, porque no se presenta ante la propia dependencia o entidad que haya verificado el procedimiento licitatorio, de donde deriva la causa que da origen a la inconformidad; tampoco es propiamente un medio de impugnación ya que estos, en estricto sentido jurídico tienen por objeto corregir, modificar, o revocar los actos o resoluciones controvertidos, esto difiere de lo que implica la inconformidad, pues ésta no está encaminada a controvertir un acto de autoridad ni modificar o revocar tal acto, sino que está encaminada a combatir los actos de un procedimiento que siguen las dependencias y entidades cuya actuación se encuentra despojada de la facultad de imperio, cuyo objetivo es el de realizar una contratación bajo las mejores condiciones, de conformidad con el artículo 134 Constitucional, "...Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados..." "a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad,

financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes..." además la finalidad de la inconformidad, está dirigida a resolver la nulidad parcial o total del procedimiento licitatorio, o en su caso declarar la improcedencia de la inconformidad.(artículo 69 LAASSP y 87 de la LOPSRM).

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la inconformidad, se puede continuar con su trámite; ésta podrá ser presentada por los interesados, en cualquier acto del procedimiento de contratación que contravenga lo establecido en la ley, es decir la inconformidad podrá presentarse en cualquiera de las etapas del procedimiento licitatorio; se presentará por escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes en que ocurra o se tenga conocimiento del acto, ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM). La inconformidad que presente el interesado, contendrá los hechos que le consten relativos al acto u actos que alega son irregulares, además de la documentación que sustente su petición y personalidad, los hechos que el interesado relate en su escrito de inconformidad deberán ser, "bajo protesta de decir verdad", en caso de que no lo manifieste de esta manera, la inconformidad será desechada.

La SECODAM iniciará una serie de investigaciones a fin de verificar si los actos del procedimiento de contratación se ajustan a las disposiciones de la ley. Iniciadas las investigaciones, la SECODAM deberá hacerla de conocimiento de terceros que pudieran resultar perjudicados, para que manifiesten lo que a su interés convenga en un plazo de 10 días naturales a partir del momento en que tengan conocimiento de la inconformidad; en un plazo igual, las dependencias y entidades deberán remitir la información que les sea requerida para dicha investigación. Las investigaciones de la SECODAM, no podrán exceder de 45 días naturales en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios y de 35 días hábiles en materia de obras públicas, ambos términos serán contados a partir del conocimiento del acto irregular, transcurrido este plazo deberá emitirse la resolución dentro de los 30 días hábiles siguientes.

Es importante mencionar que durante el tiempo en que se está llevando a cabo la investigación derivada de la inconformidad, la SECODAM podrá ordenar - siempre y cuando sea pedido por el inconforme y haya garantizado los daños y perjuicios que pudiera causar - suspender el procedimiento de contratación, es de importancia

destacarlo, pues ¿de que serviría inconformarnos, si el procedimiento licitatorio va a seguir su curso? se correría el riesgo de quedar sin materia de inconformidad, y los hechos pueden llegar a ser consumados dependiendo de su naturaleza. En caso de que se presentara ésta hipótesis, en la que se trate de hechos consumados y hubiere procedido la inconformidad, se procederá a la responsabilidad en contra del servidor público que hubiere adjudicado el contrato.

Los casos en que podrá suspenderse el procedimiento de contratación de acuerdo a la ley son los siguientes:

“...I. Se advierta que existan o pudieren existir actos contrarios a las disposiciones de esta Ley o a las que de ella deriven, o bien, que de continuarse con el procedimiento de contratación pudiera producirse daños o perjuicios a la dependencia o entidad de que se trate, y

II. Con la suspensión no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público. La dependencia o entidad deberá informar dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la suspensión, aportando la justificación del caso, si con la misma no se causa perjuicio al interés social o bien, se contravienen disposiciones de orden público, para que la Contraloría resuelva lo que proceda...”¹¹⁶

Sin embargo, aún y que no se esté en ninguno de los casos anteriores y el interesado haya garantizado con su fianza los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar con la suspensión, ésta quedará sin efectos si el tercero perjudicado, otorga una contrafianza equivalente a la fianza hecha por el inconforme.

“...La resolución que emita la Contraloría tendrá por consecuencia:

I. La nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a esta ley;

II. La nulidad total del procedimiento, o

III. La declaración relativa a lo infundado de la inconformidad...”¹¹⁷

Una de las razones por las que puede declararse como infundada una inconformidad, es porque después de realizadas las investigaciones, es visiblemente notorio que el

¹¹⁶ Artículo 68 de la LAASSP y 86 de la LOPSRM.

¹¹⁷ Artículo 69 LAASSP y 87 LOPSRM.

interesado se inconformó con el único propósito de retrasar y entorpecer el procedimiento, por lo que además de declararse infundada la inconformidad, se le podría sancionar con multa.

En caso de que el interesado no se encuentre en la hipótesis anterior, y aún así fuese desechada su inconformidad podría interponer el recurso de revisión, siguiendo los lineamientos relativos a dicho procedimiento que establece la Ley Federal de Procedimientos Administrativos (LFPA).

Este recurso es un medio de impugnación y debe interponerse dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente a aquél en que hubiera surtido efectos la notificación de la resolución que se recurra, de manera general el escrito de recurso de revisión se presentará ante la autoridad que emitió el acto impugnado y será resuelto por el superior jerárquico, pero para los casos en que la resolución provenga del titular de una dependencia, será resuelto por el mismo. Al igual que la conformidad, el recurso de revisión suspenderá la ejecución del acto impugnado, siempre y cuando esté de acuerdo al artículo 87 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (LFPA):

- I.- Lo solicite expresamente el recurrente;
 - II.- Sea procedente el recurso;
 - III.- No se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público;
 - IV.- No se ocasionen daños o perjuicios a terceros, a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable; y
 - V.- Tratándose de multas, el recurrente garantice el crédito fiscal en cualesquiera de las formas prevista en el Código Fiscal de la Federación.
- La autoridad deberá acordar, en su caso, la suspensión o la denegación de la suspensión dentro de los cinco días siguientes a su interposición, en cuyo defecto se entenderá otorgada la suspensión...”

La autoridad encargada de resolver el recurso podrá, de acuerdo al artículo 91 de la LFPA:

- I.- Desecharlo por improcedente o sobreseerlo;
- II.- Confirmar el acto impugnado;
- III.- Declarar la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto impugnado o revocarlo total o parcialmente; y
- IV.- Modificar u ordenar la modificación del acto impugnado o dictar u ordenar expedir uno nuevo que lo sustituya, cuando el recurso interpuesto sea total o parcialmente resuelto a favor del recurrente...”

Cuándo la resolución ordena realizar un determinado acto o iniciar la reposición del procedimiento, deberá cumplirse en un plazo de 4 meses. El recurrente tiene la opción de esperar la confirmación expresa de la autoridad o bien impugnar en cualquier momento la presunta confirmación del acto impugnado.

Por otra parte, el medio para llegar a la solución de una queja, será a través del procedimiento de conciliación, que se dará cuando se presente un incumplimiento en los términos y condiciones que se hayan pactado en el contrato, celebrado por parte de las dependencias o entidades, el interesado podrá presentar un queja ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM), una vez recibida la queja, la SECODAM señalará día y fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, la cual deberá realizarse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de la queja; será obligatorio que en la audiencia de conciliación estén presentes ambas partes; en caso de que no asista el interesado se le tendrá por desistida su queja. En el momento de la audiencia de conciliación, la SECODAM tomará en cuenta los hechos de la queja, así como los argumentos de la dependencia o entidad, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para que lleguen a una conciliación, el procedimiento de conciliación no podrá exceder de 60 días hábiles.

En caso de que las partes lleguen a una conciliación, está tendrá efectos obligatorios pudiendo ser demandado su cumplimiento por la vía jurisdiccional correspondiente, si no se llega a la conciliación, quedarán a salvo los derechos de ambas partes para hacerlos valer ante los Tribunales Federales.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos (LFPA), el recurso de revisión será presentado ante el titular de la dependencia, por ejemplo si la licitación Pública la está convocando la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, el recurso de revisión se presentará ante el titular de la misma Secretaría (dependencia).

Pero qué pasa, en los casos de inconformidad y conciliación, cuando la que está convocando a un procedimiento licitatorio es la SECODAM – que como dependencia puede hacerlo - pues de acuerdo a la LAASSP y la LOPSRM, tanto las inconformidades

como el procedimiento de conciliación, serán tramitados en la SECODAM, sería como decir ¿en dónde quejarse del departamento de quejas?

Pues bien, en caso de que se presenten inconformidades o procedimiento de conciliación, se tramitarán ante la misma SECODAM, sin embargo ésta, como todas las demás dependencias cuentan con una Contraloría Interna que se encargará de resolver las inconformidades, ya que además cuenta con una Dirección General de Inconformidades, así también la SECODAM, tiene pequeñas células de Contraloría Interna en cada una de las dependencias y entidades, para que en caso de que se presenten inconformidades durante el procedimiento licitatorio al que convoque una dependencia determinada, sea ahí mismo dónde presente su inconformidad, desconcentrando la carga de trabajo de la SECODAM.

A modo de resumen, se puede agregar lo siguiente: La inconformidad, junto con el recurso de revisión, después de haberse emitido la convocatoria, podrán interponerse en cualquier etapa del procedimiento licitatorio, mientras que el procedimiento de conciliación se presentará en relación al incumplimiento en las condiciones y términos del contrato. Estas instancias (inconformidad y conciliación) no se constituyen propiamente como medios de impugnación o defensa sino como en un principio se mencionó, constituyen la posibilidad de inconformarse y quejarse de las irregularidades que se presenten en el procedimiento licitatorio o bien del incumplimiento del contrato.

El que podría considerarse como un medio de impugnación es el recurso de revisión, que se interpondrá en contra de la resolución que recaiga a la inconformidad; sin embargo, de acuerdo al procesalista Ovalle Fávila, tampoco es propiamente un medio de impugnación porque en ellos el juez o superior jerárquico no puede combatir sus propias resoluciones o la de sus inferiores jerárquicos; en caso de que el juez o superior jerárquico puedan revisar de oficio o a instancia de parte sus determinaciones, así pues, se trata de medios de control, pero no de medios de impugnación.¹¹⁸ Esto es así, porque de acuerdo con el artículo 86 de la LFPA se señala que: "...cuando el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, será resuelto por el mismo..."

¹¹⁸Cfr. Ovalle Fávila. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla Séptima Edición. México 1995 pag 196.

La situación de que la dependencia o entidad sea la misma que conozca del recurso de revisión, se basa en la autotutela administrativa, en la que el propio Estado verificará si en el proceso licitatorio se están obteniendo las mejores condiciones para éste, tal y como lo menciona el artículo 134 Constitucional. Al respecto el maestro Arriaga Becerra señala: "...Los principios contenidos en el artículo 134 Constitucional, no otorgan ningún derecho jurídicamente tutelado a favor de los particulares, dado que el referido numeral sólo protege el interés del Estado, para que en las adquisiciones y en las contrataciones de las obras públicas éste adquiera y obtenga las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, consecuentemente la intervención que tiene la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo en tal materia no es otra que la de verificar que ello se lleve a cabo y en el supuesto de encontrar irregularidades, adoptar las medidas conducentes en contra de los servidores públicos que hubieren intervenido en las operaciones irregulares a fin de salvaguardar los intereses del Estado, además de la posibilidad de que declare nula alguna etapa o fase de la licitación pública o incluso su fallo..."¹¹⁹

Los medios de impugnación se presentarán en el procedimiento licitatorio siempre y cuando los interesados (licitadores) y la dependencia o entidad que esta convocando (licitante), opten por otra vía jurisdiccional que no sea el recurso de revisión o bien cuando no lleguen a una conciliación, pues de acuerdo con la ley se dejarán a salvo sus derechos para que los hagan valer ante los Tribunales Federales.

En el TLCAN, se establecen la posibilidad de defensa, se encuentran reguladas en el artículo 1017, denominado "procedimientos de impugnación" con el objeto de promover procedimientos de contratación justos, abiertos e imparciales a todos los interesados de cada parte; regula entre otras cosas, que cada una de las Partes permitirá a los proveedores recurrir al procedimiento de impugnación con relación a cualquier aspecto del proceso de contratación; sin embargo, antes de iniciar un procedimiento de impugnación, una parte podrá alentar al proveedor a buscar con la entidad contratante una solución a su queja.

¹¹⁹ Cfr. Arriaga Becerra, Artículo La naturaleza jurídica de la inconformidad prevista en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. México 1996 pag.56

Cada Parte deberá establecer o designar a una autoridad revisora sin interés sustancial en el resultado de las compras¹²⁰ para que reciba impugnaciones y emita las resoluciones y recomendaciones pertinentes; la autoridad revisora procederá a realizar las investigaciones pertinentes de manera expedita, así como también podrá demorar la adjudicación del contrato propuesto hasta la resolución de la impugnación, excepto en casos de urgencia o cuando la demora pudiera ser contraria al interés público. La autoridad revisora dictará una recomendación para resolver la impugnación, que puede incluir directivas a la entidad, para que evalúe de nueva cuenta las ofertas, dé por terminado el contrato o lo someta nuevamente a concurso; generalmente la recomendación de la autoridad revisora es tomada en cuenta por las entidades de cada parte.

¹²⁰ Compras se refiere a las adquisiciones que el sector público haga a los proveedores o contratistas ya sea de un arrendamiento un servicio, una obra, etc.

a) Sistema de responsabilidades.

La responsabilidad de los servidores públicos está íntimamente ligada con los procedimientos licitatorios, precisamente por las amplias facultades discrecionales con las que cuentan para adjudicar el contrato. El órgano encargado de limitar el actuar de los servidores públicos corresponde a la SECODAM, la cual en la actualidad, realiza programas de ética y conducta para los servidores públicos, tratando con ello, de fomentar una conciencia precisamente de ética en la práctica de sus funciones e impulsar medidas de prevención a la corrupción, situación que no es poco común en estos días ni en el país.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 108 de la Constitución General de la República, se considera como servidores públicos a quienes:

1. Sean representantes de elección popular (como los Diputados, Senadores y el propio Presidente de la República, entre otros)
2. Los miembros del Poder Judicial Federal
3. Los miembros del Poder Judicial del Distrito Federal
4. Toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal
5. Los servidores del Instituto Federal Electoral.

Llama la atención la técnica legislativa deficiente, cuando el artículo mencionado refiere quienes son los servidores públicos y comienza realizando una clasificación, para terminar por englobar a todos mediante la fórmula de que lo es todo aquél que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza.

La Constitución General de la República, destina el título Cuarto al tema de la responsabilidad de los servidores públicos y en el mismo refiere algunas de las conductas y tipos de procedimientos a instaurar en contra de aquellos que con sus acciones u omisiones, violan los deberes que la Ley Federal de la materia establece. El servicio público, en sí complejo por la función que debe cumplir y las limitaciones por las que se caracteriza, es una de las principales fuentes de trabajo en países en donde la

economía no se encuentra desarrollada de manera equilibrada y por ello, el Estado se convierte en el principal empleador.

Quienes abrazan el destino del servicio público, deben protestar el cargo antes de tomar posesión del mismo. El juramento, que tiene un antecedente netamente religioso, se constituye como la principal liga que une al ciudadano con el cumplimiento de la ley. Así por ejemplo, al protestar el cargo de Primer Magistrado de la Nación, el Presidente en turno debe expresar solemnemente la siguiente frase:

“Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión; y si así no lo hiciere, que la Nación me lo demande.”

Esta figura sacra del juramento, tiene su origen en el sincretismo de la religión católica y el surgimiento del Estado y adquiere relevancia en los gobiernos con Monarquía y Presidencia como es el Español, donde existe una entidad real para los asuntos diplomáticos y una entidad constitucional para el gobierno del país. Sin embargo, a través de los años, el juramento ante Dios de quien va a ejercer el poder, era una ligadura al poder Eclesiástico, que bajo el argumento de ser el representante de esa deidad en la tierra, tenía la facultad para censurar los actos del representante del Estado.

En la actualidad, todo servidor público debe rendir la protesta del cargo, pues de no hacerlo, incurre en responsabilidad penal. (Artículo 214, fracción I, del Código Penal Federal). Sin embargo, la sola protesta en la toma de posesión, no es una atadura suficiente que norme la conducta del servidor público a los márgenes de la legalidad, pues en gran cantidad de ocasiones, el ejercicio de esa actividad se realiza sin atender a las disposiciones aplicables. Así las cosas, existen cinco tipos de responsabilidades a que pueden ser sujetos los servidores públicos, a saber:

1. Responsabilidad política.
2. Responsabilidad administrativa.
3. Responsabilidad penal.

4. Responsabilidad civil.
5. Responsabilidad Laboral.

Responsabilidad Política. Comenzaremos con las responsabilidades que se investigan a través del Juicio Político. De acuerdo a lo que ordena el artículo 109, fracción I, de la Constitución General de la República, el Juicio Político contra los servidores públicos que en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. Esto ocurre, cuando:

1. Se realiza ataque a las instituciones democráticas
2. Se ataca la forma de gobierno republicano, representativo y federal
3. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales
4. El ataque a la libertad de sufragio
5. La usurpación de atribuciones
6. Cualquier infracción a la Constitución o a las Leyes Federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones
7. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior y
8. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.

Lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 7º de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, por el entonces Presidente Miguel de la Madrid Hurtado.

Conforme a la Carta Magna, los servidores públicos que pueden ser sujetos del Juicio Político por una o algunas de las fracciones antes transcritas, son:

1. Senadores y Diputados al Congreso de la Unión

2. Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
3. Los Consejeros de la Judicatura Federal
4. Los Secretarios de Despacho
5. Los Jefes de Departamento Administrativo
6. Los Diputados a la Asamblea del Distrito Federal
7. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal
8. El Procurador General de la República
9. El Procurador General de Justicia del Distrito Federal
10. Los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito
11. Los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal
12. Los Consejeros de la Judicatura del Distrito Federal
13. El Consejero Presidente
14. Los Consejeros Electorales y el Secretario Ejecutivo del Instituto Federal Electoral
15. Los Magistrados del Tribunal Electoral
16. Los Directores Generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados.

El Juicio Político, puede ser iniciado a instancia de cualquier persona, a condición de que no sea anónimo y que la petición se realice durante el tiempo que el servidor público desempeña el empleo, cargo o comisión, o incluso, hasta un año después contado a partir de que ha dejado de ser servidor. La denuncia de Juicio Político debe ser presentada ante la Cámara de Diputados; lo que de la unión de las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales y Justicia, se formará una Subcomisión de Examen Previo, que analizará la procedencia de la petición de Juicio Político. Dicha Subcomisión puede descharla, caso en el cual, procede el recurso de revisión que sólo puede ser promovido por los Presidentes de las Comisiones, ya sea de Gobernación y Puntos Constitucionales o el de la Comisión de Justicia; o por el 10% de los diputados que integran ambas Comisiones. El solicitante se haya impedido para pedir la revisión de una determinación que desche instaurar un Juicio Político.

Pero en caso de considerarse procedente, el asunto se envía a la Sección Instructora previamente instalada con la participación de cuatro integrantes de la Cámara de

Diputados, quienes podrán desahogar las pruebas que les promuevan las partes y posteriormente presentar sus conclusiones sobre la inocencia o responsabilidad del servidor público denunciado. En caso de ocurrir lo segundo, la Cámara de Diputados se erige en órgano de Acusación y puede resolver sobre su responsabilidad, enviándolo a la Sección de Enjuiciamiento de la Cámara de Senadores, que resuelve en definitiva.

Las sanciones que se pueden imponer por medio de este procedimiento son:

1. Destitución del servidor público
2. Inhabilitación para ejercer otro empleo, cargo o comisión en el servicio público.

Estas determinaciones, son inapelables.

Como se ha visto, determinado tipo de servidores públicos son sujetos exclusivamente del Juicio Político y esto obedece a la naturaleza del cargo que se desempeña y evitar que por cualquier problema derivado de la pugna partidista, derive en acusaciones sin fundamento, por ello, es el Congreso de la Unión quien controla y resuelve estos procedimientos.

Responsabilidad Administrativa. Los servidores públicos que no están mencionados en el artículo 110 de la Constitución General de la República, en el ámbito federal, se encuentran sujetos a las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo del 2002 y con inicio de vigencia al día siguiente. Esta nueva legislación, establece las faltas en que pueden incurrir los servidores públicos y el procedimiento para su investigación y sanción, que corre a cargo de las Contralorías u órganos de Auditoría.

Los principios que rigen el ejercicio del servicio público son:

1. Legalidad
2. Honradez
3. Lealtad
4. Imparcialidad

5. Eficiencia

El artículo 8° de la citada Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, dispone las obligaciones a que debe contraerse quien se encuentra en esa situación:

- I.- Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;
- II.- Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos;
- III.- Utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos;
- IV.- Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes;
- V.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos;
- VI.- Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de este;
- VII.- Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las ordenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado;
- VIII.- Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el periodo para el cual se le designo, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida;
- IX.- Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones;
- X.- Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- XI.- Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los

que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte.

El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos;

XII.- Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión.

Habrán intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión.

Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la ley;

XIII.- Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XIV.- Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI;

XV.- Presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la ley;

XVI.- Atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la secretaria, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme a la competencia de estos;

XVII.- Supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo;

XVIII.- Denunciar por escrito ante la secretaria o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la ley y demás disposiciones aplicables;

XIX.- Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda la información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos;

XX.- Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública o de servicios relacionados con esta, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte. Por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;

XXI.- Abstenerse de inhibir por sí o por interpósita persona, utilizando cualquier medio, a los posibles quejosos con el fin de evitar la formulación o presentación de denuncias o realizar, con motivo de ello, cualquier acto u omisión que redunde en perjuicio de los intereses de quienes las formulen o presenten;

XXII.- Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI;

XXIII.- Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como resultado de la realización de obras o inversiones públicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. Ésta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión, y

XXIV.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

Conforme a esta legislación, el procedimiento para determinar el grado de responsabilidad, se encuentra a cargo del área de la Contraloría y las sanciones pueden ir desde la amonestación privada o pública, hasta de la destitución e inhabilitación, dependiendo de la gravedad de la infracción. En estos casos, el sancionado puede interponer el recurso de revocación o acudir al Juicio de Nulidad.

Cabe señalar que el 14 de junio del 2002, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el cual se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

**“...Título Cuarto
De la responsabilidad de los servidores públicos y patrimonial del Estado.**

Artículo 113...

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes...”¹²¹

Sin embargo el mencionado decreto entrará en vigor el 1º de enero del 2004.

Responsabilidad Penal. Cuando un servidor público, sin fuero constitucional, incurre en un evento delictivo, puede ser detenido y llevado a proceso de inmediato o puede requerir de un procedimiento previo, conforme al tipo de cargo que detente. Según lo establece el artículo 111, los siguientes servidores públicos gozan de inmunidad procesal:

1. Diputados y Senadores del Congreso de la Unión
2. Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
3. Magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral
4. Consejeros de la Judicatura Federal
5. Secretarios de Despacho
6. Jefes de Departamento Administrativo
7. Diputados a la Asamblea del Distrito Federal
8. Jefe de Gobierno del Distrito Federal
9. Procurador General de la República
10. Procurador General de Justicia del Distrito Federal
11. Consejero Presidente y Consejeros Electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Por la importancia de la función que desempeñan estos servidores públicos y sólo en estos casos, no pueden ser detenidos ni consignados ante un Juez Penal, lo que no significa en manera alguna, que gocen de impunidad o de fuero, ya que éste se encuentra prohibido por el artículo 13 de la Carta Federal. Se insiste en que cuentan con

¹²¹ Diario Oficial de la Federación, 14 de junio del 2002 pag. 2 Primera Sección.

una inmunidad procesal, que les puede ser retirada por medio de la declaración de procedencia, que consiste en el inicio de una averiguación previa por parte del Ministerio Público competente, en contra de alguno de los servidores públicos indicados; en caso de estar integrada la indagatoria con los elementos que acreditan el cuerpo del delito y hacen probable la responsabilidad penal del servidor; el Ministerio Público debe solicitar a la Cámara de Diputados, le retire el cargo al probable responsable y entonces, es la Cámara de Diputados quien resuelve si es o no procedente retirar a la persona del servicio público para dejarlo a disposición de la autoridad investigadora.

Responsabilidad Civil. Deriva del incumplimiento de las obligaciones de carácter contractual contraídas por el servidor público y del pago de las sanciones que le son impuestas, tanto en un procedimiento administrativo o penal (reparación del daño) que deben ser solventadas ante las jurisdicciones civiles ordinarias.

Responsabilidad Laboral. La responsabilidad deriva de los derechos y obligaciones de la relación laboral, nace cuando se ha incumplido una de las obligaciones impuestas por la propia relación laboral. Es consecuencia de incumplimiento.¹²²

¹²² Dávalos Morales. Derecho del Trabajo I, 7ª Edición. Edit. Porrúa. México 1997, pp. 398.

4.4 El arbitraje como instrumento para la resolución de conflictos.

Desde el punto de vista doctrinal hay diversas formas de solucionar controversias y se pueden agrupar en dos corrientes:

1. Los medios autocompositivos: de acuerdo con los cuales no se pronuncia un laudo. Las partes dirimen su controversia por ellas mismas o por un tercero denominado conciliador o mediador quien no tiene facultades decisorias.
2. Los medios heterocompositivos: de acuerdo con los cuales la persona que resuelve, llámese juez o árbitro tiene plenas facultades decisorias.

Desde el punto de vista internacional, se establecen determinados mecanismos para solucionar controversias, dentro de los cuales se encuentra el arbitraje - que es heterocompositivo - y se puede definir de la siguiente manera:

El Arbitraje. De acuerdo con la Real Academia Española quiere decir: compromiso de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia presente o futura, que obliga a cumplir la resolución arbitral o impide conocer a los jueces y tribunales.¹²³

Por su parte el maestro Cesar Sepulveda señala: "...El arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o aun tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final..."¹²⁴

El Código de Comercio, en su artículo 1416, da el concepto de acuerdo de arbitraje, arbitraje y arbitraje internacional señalando lo siguiente:

"... Para los efectos del presente título se entenderá por:

¹²³ Diccionario Académico de la Real Academia Española, Madrid 1992. Pag. 887,2.

¹²⁴ Cesar Sepulveda. Derecho Internacional Público. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1971. Pag. 357.

I. Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas de respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato la forma de un acuerdo independiente.

II. Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo;

III. Arbitraje internacional, aquél en el que:

a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o

b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual;..."

El arbitraje tiene su antecedente en los primeros siglos de la era contemporánea; el rey o el Papa fungían como árbitros, como fue el caso de la disputa entre España y Portugal sobre la divisoria de sus conquistas, pero la resolución no se fundaba en normas de derecho, sino que el árbitro tenía el papel de un amigable componedor;¹²⁵ es hasta finales del siglo XIX que el arbitraje es pactado previamente con normas de procedimiento, tal y como lo conocemos hoy en día; el primer caso de funcionamiento de tribunales arbitrales, se presentó entre Inglaterra y Estados Unidos por las reclamaciones relativas a Alabama en 1871.

¹²⁵ (*amigable compositeur*), siendo generalmente uno solo, pues es difícil encontrar dos o más conciencias iguales. El fallo mediante el cual da a conocer su resolución al asunto, es conocido como "fallo en conciencia". Rodríguez González Valdés. México ante el Arbitraje Internacional. Editorial Porrúa. México 1999 pag. 70.

En 1889, la Conferencia de la Haya, consideró al arbitraje como una institución respetable y susceptible de generalizarse, y en su artículo 16 (que posteriormente sería el 38 en 1907) expresaba:

"...En las cuestiones jurídicas, y en primer término, en las cuestiones sobre interpretación o aplicación de los tratados internacionales, las potencias contratantes reconocen el arbitraje como el medio más eficaz y al mismo tiempo, el más equitativo para resolver los conflictos que no hayan podido resolverse por la vía diplomática..."¹²⁶

Sin embargo - ya en el siglo XX - a partir de los años treinta, el arbitraje perdió auge, toda vez que en ocasiones se presentaban excesos por parte del tribunal, quedando relegado a una posición secundaria.

Algunos de los aspectos que deben ser considerados en un arbitraje son los siguientes:

1. Reglamento de arbitraje, el cual será un juego de reglas previamente establecido.
2. Idioma de las actuaciones.
3. Lugar del arbitraje.
4. Servicios administrativos, como salas de audiencia o de vista, secretarías, etc.
5. Provisión inicial de fondos para sufragar las costas, como el pago de la administración del procedimiento arbitral y los honorarios de los árbitros.
6. Confidencialidad relativa al arbitraje, que puede abarcar los documentos que se utilicen durante el procedimiento, como los medios de prueba, los hechos, la identidad de los árbitros, etc.
7. Comunicación escrita por las partes, es decir determinar las declaraciones que serán por escrito, la estructura de las declaraciones, etc.
8. Establecer, cuáles serán los medios electrónicos para enviar documentos.
9. Aspectos prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba, como la utilización de papel o de medios electrónicos, tamaño de ejemplares, sistema de numeración e identificación, etc.
10. Definición de los puntos controvertidos, orden por el que se resolverán; definición de la reparación o remedio que se solicite.
11. Prueba documental.
12. Pruebas materiales distintas de los documentos.

¹²⁶ Cesar Sepulveda. Derecho Internacional Público. Edit. Porrúa. Cuarta Edición. México 1971. Pag. 358.

13. Testigos.
14. Peritos y Prueba pericial.
15. Audiencias.

Como se ha dicho, estos son algunos de los aspectos que pueden o no ser considerados en el arbitraje, ya que cuenta con flexibilidad, característica que permite adaptar las necesidades de la controversia al procedimiento arbitral.

Un Tribunal de Arbitraje se constituye por varias situaciones: después de una controversia y posteriormente de que se han fijado los puntos de una disputa; otra situación de integración, es cuando se pacta en un tratado especial - como es el caso del TLCAN - en el cual se haya previsto que en caso de controversia en relación con el objeto del tratado, se recurrirá al arbitraje; por último, el arbitraje puede preverse también en un tratado general de solución de controversias.

Los primeros antecedentes de México en el arbitraje, datan de 1902, año en el que se suscribieron tratados de arbitraje con España. Uno de los tratados más importantes que ha celebrado México en los últimos años, es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), tratado en el cual no podía omitirse en la regulación del arbitraje como medida de solución de controversias, por lo que en su capítulo XX regula lo relativo a las "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias" y en la sección "B," que corresponde a la solución de controversias, se encuentra regulado en el artículo 2008, la solicitud de integración de un panel arbitral.

El TLCAN, establece una Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado o por las personas a quienes éstos designen, ésta comisión en relación al tratado, deberá de supervisar la puesta en práctica del tratado; vigilar su desarrollo, resolver las controversias que pudieran surgir respecto a su interpretación o aplicación, supervisar la labor de todos los demás comités y grupos de trabajo establecidos conforme al tratado y conocer de cualquier otro asunto que pudiere afectar al tratado; la comisión podrá establecer un secretariado al cual supervisará y estará integrado por secciones nacionales; dentro de sus funciones se encuentran: asistir a la comisión, brindar apoyo administrativo, apoyar a los demás comités y grupos de trabajo y, en general, facilitar el funcionamiento del tratado.

El procedimiento arbitral, procederá como medio de solución de controversia, en el TLCAN, cuando la comisión no hubiera resuelto la controversia por medio de los buenos oficios, la conciliación o mediación dentro de los 30 días siguientes a los 10 días anteriores en que se reunió la comisión para resolver la controversia, o bien, a los 30 días siguientes a aquél en que la comisión se haya reunido, para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos, o en cualquier otro periodo que las partes acuerden, en estos casos cualquier parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, el trámite será el siguiente:

1. La solicitud de trámite será entregada a la sección del secretariado y las otras partes.
2. A la entrega de la solicitud se integrará un panel arbitral.
3. Cuando una tercera parte considere que tiene interés sustancial en el asunto, tendrá derecho a participar como parte reclamante.
4. Se integrará una lista de panelistas de 30 individuos que cuenten con aptitudes, conocimientos y disposición para ser panelistas (la lista está integrada desde el 1 de enero de 1994).
5. Se seleccionará el panel arbitral, el cual estará integrado por 5 miembros en el que uno de ellos será presidente del panel.
6. Los paneles, si así lo requieren tendrán asistencia de expertos y de comités técnicos, el informe que estos dicten será tomado en cuenta por el panel para su resolución.
7. El panel arbitral rendirá un informe que será fundado en los argumentos y comunicaciones presentados por las partes y en cualquier información que haya recibido, salvo que las partes acuerden otra cosa.
8. Los panelista podrán emitir votos particulares en caso de que no haya una decisión unánime en la solución de la controversia.
9. El panel presentará a las partes contendientes un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime.
10. Se proseguirá al cumplimiento del informe final.
11. Los procedimientos del panel se seguirán de acuerdo con las Reglas Modelo de Procedimiento.

De manera general, se puede decir que las etapas indispensables dentro de cualquier procedimiento arbitral son: la formación, la aceptación del tribunal arbitral, la demanda, la contestación de la misma, los medios de conformación y el laudo o sentencia arbitral.¹²⁷

En la legislación nacional el arbitraje está considerado en la materia objeto de esta investigación "las licitaciones públicas", ya que el artículo 15 tanto de la LOPSRM como la LAASSP, señalan lo siguiente:

"...Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Comercio y Fomento Industria (actualmente Secretaría de Economía); ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

Lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte, o de que en el ámbito administrativo la Contraloría conozca de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los procedimientos de contratación, o bien de las quejas que en audiencia de conciliación conozca sobre el incumplimiento de lo pactado en los contratos..."

Esto es que el arbitraje en materia de licitaciones públicas internacionales es procedente de acuerdo con el TLCAN, pues México es parte de ese tratado; el TLCAN establece el arbitraje como un medio de solución de controversias y tomando en cuenta que ninguna de las partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras partes, con fundamento en que una medida de otra parte es incompatible con el tratado, se recurrirá a un panel arbitral; en la legislación mexicana uno de los requisitos exigidos, es que el árbitro esté facultado, por la voluntad expresa

¹²⁷ Rodríguez González Valdez, México Ante el Arbitraje Comercial Internacional. Edit. Porrúa México 1999, pag. 126.

de las partes. De manera general se puede decir que la posibilidad de someter una controversia a arbitraje, es que los supuestos estén impregnados de la incidencia de elementos extranjeros como la nacionalidad, lugar de celebración etc.

Después de haber evaluado la figura del arbitraje y haber establecido qué es, se establecerán sus ventajas y desventajas; pues bien, dentro de las ventajas del arbitraje están: que las partes podrán elegir a las personas que integrarán el tribunal arbitral, el lugar del arbitraje tiene la posibilidad de ser neutro, es decir puede ser un lugar distinto al de residencia de las partes en disputa, otra ventaja es que las partes podrán establecer bajo qué términos se va a desarrollar y regular el procedimiento, por ser más flexible y no estar sujetos a tantas formalidades como los procedimientos ordinarios, el arbitraje es más rápido por tener la libertad de fijar plazos y etapas procedimentales, las partes que integran el panel arbitral son personas especializadas en las materias en que deben de dictar una resolución y sobre todo que esta tiende a ser imparcial.

Por otra parte: lo que predomina en el arbitraje básicamente no son intereses jurídicos sino económicos, por ello es que existe tanta flexibilidad en el procedimiento arbitral, dejando de lado a la impartición gratuita de justicia de los Tribunales Nacionales, es decir hay una oposición a la solución jurisdiccional; por otra parte limita la soberanía del actuar de las Administraciones Públicas; el costo del procedimiento arbitral, es muy alto pues las partes deben de sufragar los gastos de los árbitros, peritos y los relativos a la administración, entre otros; por ello es que la controversia en el arbitraje deberá ser especialmente compleja y de gran cuantía económica -- lo que raramente se encuentran en la jurisdicción estatal ordinaria - pues en caso contrario no sería rentable acudir a un panel arbitral; estas son, entre otras, algunas de las desventajas que presenta la figura del arbitraje.

Se puede concluir diciendo que la base fundamental del procedimiento arbitral es el principio de "la autonomía de la voluntad de las partes."

4.5 Impacto jurídico y social de las licitaciones públicas.

El impacto jurídico y social de las licitaciones públicas, ya sean nacionales o internacionales, se refiere al efecto producido por esta contratación administrativa, en el derecho que regula esta figura y al efecto producido en la sociedad que recibe los beneficios o perjuicios, en su caso.

La contratación administrativa y por ende la licitación pública, han ido evolucionando de manera inconsistente hasta estos últimos años en que ha tenido mayor desarrollo, mejor regulación y mejores medios de defensa, para los interesados en participar en un procedimiento licitatorio, dando cierta seguridad jurídica a sus intereses y sobre todo a los intereses del Estado, pues cierto es, que los intereses del Estado son los que incitan a realizar las contrataciones por medio de licitaciones.

Los efectos jurídicos que provoque la regulación de una u otra figura de derecho, sólo es posible detectarlos en la práctica, por parte de la sociedad que hace uso de la figura regulada, que traerá como consecuencia el surgimiento de ciertos problemas y dudas en su aplicación, interpretación y posiblemente en su equidad, dando pie a generar una inquietud de la misma sociedad para exigir que el ordenamiento sea subsanado en sus fallas o que se expida uno nuevo; pero no debe caerse en el error de que, al tener el deseo que todo el actuar social sea de acuerdo a la ley, exista un exceso de regulación que limite el libre discernimiento del ser humano, pues eso tampoco sería adecuado.

Las causas que han dado trascendencia a la figura de la contratación administrativa, vienen de las necesidades colectivas, de la aparición de nuevas tecnologías y de la colaboración de los sujetos privados con la Administración Pública, ya que actualmente el Estado no puede hacer frente a esas necesidades colectivas y a la nueva tecnología de manera eficaz y autosuficiente; ante estas limitaciones, busca la forma de satisfacerlas y es mediante el procedimiento licitatorio que trata de hacerlo.

Las necesidades colectivas acompañan siempre la evolución de los fines del Estado; así muchos instrumentos caen en desuso por las transformaciones que provocan los

cambios tecnológicos, dando lugar a la creación de nuevas leyes o la renovación de las que se encuentran vigentes, con el objeto de adaptarlas a la realidad en la que operan.

Caso de lo anterior es la figura de la contratación administrativa, pues su evolución en el derecho se da a través de las leyes que en un principio trataron de reglamentarla, como fueron los casos de la Ley de Inspección de Contrato de Obras Públicas (LICOP) de 1966, en el que se aplicaba la figura de subasta – en vez de licitación pública - como medio de adjudicación de los contratos, en 1981 entra en vigor la Ley de Obras Públicas, pues con el nuevo presupuesto organizado por programas, que se dio con el entonces Presidente José López Portillo, permitió la intervención del gobierno en la economía como figura principal; es por ello que la LICOP ya no estaba acorde con las políticas del gasto ni con la reestructuración del sector público federal; el cambio de una ley a otra, es un claro ejemplo de como la figura de la contratación administrativa en materia de obras públicas, ha ido evolucionando y adecuándose a las realidades sociales del país.

La materia de adquisiciones, en un principio se regulaba por separado de la materia de obras públicas, hasta que se unificaron ambas en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993; esta unificación, como ya se ha mencionado anteriormente, tiene su fundamento en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ya que después de haber realizado un análisis por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, se decidió que la unificación de las materias, era lo más conveniente, para un mejor uso de la ley por parte de nacionales y extranjeros, pues esta ley consideraba ya las licitaciones públicas internacionales, precisamente porque eran contempladas en el TLCAN; así la contratación administrativa una vez más se adaptó a su realidad social.

Por lo anterior se afirma que la apertura al mercado internacional de la contratación pública, trae como consecuencia una regulación específica en cuanto a las condiciones y requisitos señalados para el acceso a los procedimientos de licitación, por ello es que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas fue abrogada, después de estar en uso durante aproximadamente seis años y haberse presentado frecuentes confusiones en su aplicación e interpretación, por parte de la administración pública y de los mismos

particulares; se da paso a las nuevas leyes de enero del 2000, que separaban de nuevo a las materias de obras públicas y adquisiciones, permitiendo una mejor comprensión y aplicación de las materias en las actuales leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas.

Resulta obvio saber que la liberalización de la contratación pública de obras, bienes y servicios, y la supresión de los obstáculos a la libre circulación de capitales es detonada, por el proceso globalizador de los últimos años, proceso que responde a la actual coyuntura socioeconómica que propugna de una manera creciente la existencia de un mercado supranacional, derivado de la creciente internacionalización de la actividad económica, que trae como consecuencia efectos jurídicos – como la celebración de tratados comerciales y la adaptación de la legislación a estos - y sociales – en que la sociedad tenga una cultura de competencia – en el país.

El procedimiento licitatorio ha propiciado un mejor sistema recíproco de control, por parte de la administración pública, para la administración de fondos y de los particulares que constituyen un freno a las discrecionalidades de los funcionarios públicos, a través de los medios de defensa con los que cuentan los particulares, para proteger sus intereses tanto en el ámbito nacional, por medio de la inconformidad, el recurso de revisión y la conciliación, como en el ámbito internacional, por medio del procedimiento arbitral.

Como se ha dicho en un principio, lo jurídico es lo que está conforme a derecho y el derecho es la norma jurídica que regula el actuar de la sociedad; tomando en cuenta que el servidor público forma parte de la sociedad, su actuar también está regulado en cuanto a sus facultades, las cuales están concedidas y limitadas por ese mismo derecho, así en el procedimiento licitatorio, el objeto principal del servidor público, que está llevando a cabo la licitación, es obtener las mejores condiciones para el Estado, que en ocasiones no pueden ser obtenidas, por las barreras que la misma ley establece en el actuar del servidor público, caso de lo anterior es la siguiente hipótesis:

1. Se realiza la convocatoria de una licitación pública, para la obtención de "x" bien o producto.

2. Acuden al llamado los interesados.
3. Se presentan las propuestas técnicas y económicas en sobre cerrado; en la primera etapa se revisará la propuestas técnica desechando únicamente las que hubieran omitido un requisito exigido en el pliego de condiciones, esto es que puede haber un oferente (interesado) que llene todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pero no quiere decir que necesariamente el producto sea de buena calidad, pero aún así su propuesta será aceptada.
4. En la segunda etapa se procede a abrir el sobre de propuesta económica únicamente de aquellos oferentes (interesados) que no hayan sido desechados en la primera etapa; a continuación cabe la posibilidad que aquel oferente (interesado) que no cuenta con la mejor calidad en el producto haya ofrecido el precio más bajo y por lo tanto son altas las posibilidades de que se le adjudique a éste el contrato.

Lo anterior trae como conclusión que la administración pública comprará más caro, ya que el producto al no ser de buena calidad (en cuestiones de eficacia y duración) se tendrá que volver a comprar, incurriendo en gastos no planeados, sin obtener las mejores condiciones para el Estado. Situación contraria sucede en la iniciativa privada que no cuenta con tantas barreras para realizar sus compras.

El desconocimiento del procedimiento licitatorio así como de las leyes aplicables al mismo, traen como consecuencia un efecto tanto jurídico como social; el impacto social, se ve reflejado en el número considerable de inconformidades que se presentan durante un procedimiento licitatorio ante la SECODAM, que en ocasiones es, por la falta de interés del licitador (interesado) de informarse correctamente de los lineamientos del pliego de condiciones y de un conocimiento siquiera general de las leyes, para saber si se es o no apto para sujetarse al procedimiento licitatorio que se está convocando, procurando así evitar inconformidades innecesarias; por otra parte, el desconocimiento de la correcta aplicación de la ley, por parte del servidor público, trae como consecuencia efectos jurídicos para él mismo cayendo en responsabilidad administrativa, civil o penal, por posibles omisiones o malas aplicaciones impactando

en la contratación; precisamente ésta fue una de las situaciones que se trataron de evitar con la separación de las materias de adquisiciones y obras públicas.

Las licitaciones públicas, como se ha visto, también traen impactos sociales, pues el hecho de que haya una ley eficaz que regule una figura jurídica, como es el caso de la licitación pública no quiere decir que puedan subsanar las fallas humanas y sobre todo burocráticas a las que se deben enfrentar los particulares, trayendo como consecuencia que los trámites se tornen largos y entorpezcan el procedimiento licitatorio.

La competitividad ha sido uno de los efectos más trascendentes de las licitaciones públicas y más aún en el ámbito internacional, pues como ya se ha planteado en el punto 4.1, la competencia entre nacionales y extranjeros – en relación al TLCAN – no es proporcional, porque México no es un país altamente industrializado, ni cuenta con una infraestructura económica como la de los países desarrollados, y en consecuencia hay un desequilibrio de competencia real; ejemplo de esto sería la construcción de obra pública realizada en su mayoría por empresas extranjeras, captando así los recursos que el Estado destina para la realización de sus fines, afectando así a la industria mexicana de la construcción, pues aunque en el TLCAN existan reservas que dan la posibilidad de que las licitaciones públicas, que sean de carácter internacional, en razón de su cuantía, puedan ser únicamente nacionales - con la previa aprobación de la Secretaría de Economía – sucede que aún y cuando las licitaciones públicas sean nacionales, en ocasiones se declaran desiertas por la falta de concurrencia, por lo tanto tienen que volverse internacionales de cualquier modo.

Lo anterior trae como desventaja que las licitaciones públicas, no sólo de obra pública sino también para los demás tipos de contratos, pueden caer en prácticas monopólicas, porque se establece entre los concurrentes en muchos casos, una inteligencia de tal manera que no se puede competir con ellos, evitando así la libre competencia entre proveedores y contratistas como lo pretende el Estado, ya que no existe un verdadero juego entre oferta y demanda.

Desafortunadamente las viejas y comunes prácticas de corrupción, han fomentado un ambiente de desconfianza entre el ciudadano y el servidor público, situación que también se presenta en los procedimientos licitatorios, pues el interesado en participar,

comúnmente asiste con la idea de que el servidor público o no quiere que gane o bien, la potencialidad deshonestista de otro interesado ha podido vencer la escrupulosidad del servidor público.

En ciertas ocasiones, el abuso se presenta por parte del interesado, que a sabiendas de que su producto es el único en el mercado, tal y como lo necesita la administración pública, lo cotiza muy por arriba del precio real, ocasionando que la administración pública decida convocar en licitación pública internacional, en vez de realizar una adjudicación directa, ya que ante el encarecimiento del producto, resulta más económico comprar al extranjero que al nacional.

Estas son de una manera breve, algunos de los impactos sociales y jurídicos de las licitaciones públicas, expuestos en forma de ventajas y desventajas.

4.6 Propuestas para el fortalecimiento del sistema en materia de licitaciones públicas.

Reforzar el sistema de contratación administrativa no es tarea fácil ya que no sólo se trata de cuestiones de leyes sino también humanas, por lo que en la presente investigación se sugieren las siguientes propuestas:

Primera. Actualmente la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial ya no existe como tal, hoy es la Secretaría de Economía, se propone entonces precisar la denominación correcta dentro de las leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Segunda. Una vez estudiado lo referente a licitaciones públicas tanto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), como la Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), se propone que en adelante, se conserven separadas las leyes anteriormente mencionadas, ya que no sería adecuado volver a reunir en un solo ordenamiento lo relativo a los contratos administrativos y por lo tanto a las licitaciones públicas - siendo uno de los procedimientos permitidos por la ley, para la celebración de los contratos, o mejor dicho, para su adjudicación - aunque de los 73 artículos de la LAASSP, el texto de 63 de ellos es similar - en ocasiones idéntico - a otros tantos de la LOPSRM; y además semejantes a otros artículos de la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Se sostiene lo anterior tomando en cuenta que se trata de materias distintas, otorgando por lo tanto servicios públicos diferentes y que con relación a la materia de obras públicas, se requiere de mayor especialización para sus actividades, además de que las áreas administrativas específicas responsables, son distintas para cada una de las materias.

Tercera. Todo reglamento es una norma que complementa y amplía el contenido de una Ley, por lo que jerárquicamente aquél está subordinado a ésta y corre la misma suerte; las leyes por su propia naturaleza no pueden prever todos los supuestos posibles, los reglamentos en contraste tienden a detallar los supuestos previstos en la ley para que la individualización del orden jurídico sea clara y efectiva; la LAASSP y la LOPSRM, cuentan respectivamente con su reglamento, que en ambas materias es excesivo, más en

materia de obras públicas, pues su reglamento cuenta con 230 artículos y la Ley con 91, en el caso de adquisiciones la Ley cuenta con 73 artículos y su reglamento con 83.

Los reglamentos por principio deben ser exclusivamente promulgados por los titulares del Poder Ejecutivo, son jerárquicos a las leyes, no deben contravenir a éstas ni desbordar, es decir, su contenido no debe ser excesivo ni salir de sus límites. El exceso de regulación que existe en los reglamentos en comento es ocasionado por la repetición de supuestos ya previstos en la ley, o bien, hay algunos que deberían preverse en la ley y que se encuentran en el reglamento; se propone entonces una reducción considerable en los artículos del reglamento a través de un estudio pormenorizado de las situaciones previstas tanto en las leyes como en los propios reglamentos, evitando la repetición de situaciones ya contempladas o el desecho de artículos que no tuvieran aplicación.

Cuarta. La contratación administrativa y por ende la licitación pública, han ido evolucionando y seguirán haciéndolo, pues no existe una situación estática ni en la licitación pública y posiblemente en ninguna otra figura del derecho, por ello se propone un proceso de revisión constante y permanente a las leyes que la regulan, para asimilar con oportunidad los efectos de la globalización con el propósito de adquirir bienes y servicios de buena calidad y a precios competitivos, procurando la mayor participación de la industria nacional, intentando que la ley siempre sea congruente con la realidad del país.

Quinta. Los sujetos que intervienen en el procedimiento licitatorio, generalmente son dos partes, el Estado y los particulares que deciden someterse a dicho procedimiento; la Legislación mexicana, identifica al Estado como dependencias o entidades y en ocasiones como la convocante y al particular lo identifica como licitante y licitador. En teoría se supone que el licitante, porque convoca a la licitación, sólo debería ser el Estado, sin embargo las leyes lo identifican con los particulares proveedores o contratistas, lo que puede propiciar confusiones.

En aras de la claridad y a modo de propuesta se sugieren las siguientes definiciones:

Licitante: Órgano del Estado que hace un llamado de presentación de ofertas a través del procedimiento licitatorio o invitación a cuando menos

tres personas, con el fin de contratar con el licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.

Licitador: La persona que participe en cualquier procedimiento de licitación pública o bien de invitación cuando menos a tres personas.

El propósito es que no exista confusión en identificar las parte que intervienen en el procedimiento licitatorio.

Sexta. El procedimiento licitatorio, al ser uno de los medios empleados para que los recursos económicos de que disponen el Gobierno Federal, tanto por parte de los servidores públicos y de los interesados, sean administrados con eficiencia, eficacia y honradez, requiere de seriedad, la cual debe de prevalecer durante todo el procedimiento licitatorio, con este sustento se propone que en el contenido mínimo del pliego de condiciones del procedimiento licitatorio, que se establece en la ley tanto en materia de obras como de adquisiciones, sea exigida la garantía de participación.

Es cierto que dentro del pliego de condiciones, la dependencia o entidad (licitante) puede exigir determinadas condiciones – siempre y cuando no sea con propósitos de exclusión o ilegales – para que el interesado (licitador) presente su oferta y después ésta sea considerada; por lo tanto, puede exigirse la garantía de participación si la dependencia o entidad (licitante) considera que es necesario; pero se estima que sería más conveniente que la garantía en comento, en vez de que se establezca como una facultad discrecional para la dependencia o entidad (licitante) de exigirla o no, se establezca en la ley, toda vez que la importancia de la garantía de participación radica en que las ofertas se realicen de forma responsable, evitando formular propuestas que no tengan el ánimo de cumplirse.

Séptima. Las cláusulas que contiene el pliego de condiciones o bases, son realizadas de manera unilateral por el ente público, esto es que en ningún momento interviene la voluntad del particular, limitándose su participación a tomar conocimiento a partir de su publicación, sin embargo se propone que atendiendo a las características, complejidad y monto de los bienes y servicios, se invite a las cámaras, asociaciones de la industria y demás asociaciones de profesionistas, para la formulación y revisión de las bases de la

licitación, previo a su convocatoria, esto es con el propósito de que en efecto se obtengan las mejores condiciones para el Estado y no caer en el error de establecer cláusulas ilegales y limitativas, que atenten contra la libre concurrencia.

Octava. A lo largo de la presente investigación se ha planteado que los avances tecnológicos y los efectos globalizadores, han impactado a la figura de la licitación; uno de esos impactos ha sido la internacionalidad de los contratos administrativos, por tal motivo y con efectos de intentar ser un país actualizado en la evolución tecnológica, se propone la posibilidad de que las bases o pliego de condiciones de la licitación se publiquen y se adquieran por internet facilitando así su distribución y venta.

Novena. Después de haberse realizado la evaluación de las propuestas, se procederá a la adjudicación, que es el acto por el cual la administración (licitante) determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa; poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual que completa el ciclo generador de acuerdo de voluntades.

La adjudicación del contrato, en ocasiones no se hace al interesado (licitador) que haya presentado la mejor propuesta, sino que habiéndose declarado solvente – esto es que cuenta con la capacidad de satisfacer sus obligaciones – el bien ofrecido no necesariamente es el de mejor calidad, pero si el de más bajo precio; difícilmente se podría pensar que esas son las mejores condiciones para el Estado. En cuanto a esto se propone una ligera flexibilidad de la ley, para que el servidor público o el Comité que tenga a su cargo la elección de la propuesta y adjudicación del contrato, cuente con la facultad de elegir la mejor propuesta tanto en precio y calidad, no teniéndose que limitar sólo al más bajo precio, sino a la reunión de ambas condiciones, pues se vuelve al mismo planteamiento ¿de qué sirve comprar barato, si la calidad del producto es deficiente?

La flexibilidad que se propone debe contar con cierto equilibrio, ya que tampoco se trata de que las facultades del servidor público sean tan amplias que sea difícil determinar su objetividad y sobre todo la responsabilidad en su actuar.

Décima. La planeación, en cualquier actividad que se esperen resultados positivos, es fundamental; así la actividad administrativa que realizan dependencias y entidades debe

estar efectivamente planeada, programada y presupuestada, para obtener los objetivos para los cuales fueron constituidas; pero ¿qué pasa cuando la planeación y programación del presupuesto, no se presenta a tiempo? el efecto que producirá es que los programas de objetivos realizados por dependencias y entidades se retrasarán o no se realizarán, por lo menos en ese ejercicio.

Así, se propone una toma de conciencia objetiva, por parte del Ejecutivo y Diputados en la elaboración y aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación, apartándose de intereses individuales y políticos; modificando si fuera necesario los lineamientos jurídicos requeridos.

Décima Primera. Se propone que en materia de conciliaciones, se precisen sus alcances y objetivos, de tal manera que éstas constituyan un instrumento eficaz y promotor que propicie la solución de controversias, que surjan en el cumplimiento de los contratos, cuyos resultados puedan solventar las observaciones de los órganos de control.

Décimo Segunda. El arbitraje, al igual que la inconformidad y la conciliación, es también un medio de solución de controversias para los contratos celebrados con base en la LAASSP y la LOPSRM; la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y la Secretaría de Economía, determinarán las controversias que se sujetarán a procedimiento arbitral, sin embargo ninguna de las dos leyes desarrolla ampliamente ésta figura para el ámbito nacional, pues en el internacional, el arbitraje se apegará a lo que señalen los tratados - en este caso el TLCAN - por lo anterior, se sugiere un estudio y desarrollo más amplio de la figura arbitral en la LAASSP y en la LOPSRM, para el caso de la contratación administrativa, como el de establecer en que casos opera el arbitraje, en que consiste, quiénes pueden ser los árbitros, los requisitos para ser árbitro, cuáles serán sus alcances, consecuencias de los laudos arbitrales, el lugar de las audiencias, etc.; el procedimiento arbitral desafortunadamente no se encuentra dentro del principio de la impartición de justicia gratuita, razón por la cual se dificulta su aplicación.

Décimo Tercera. La industria de la construcción es un sector estratégico que contribuye a la satisfacción de necesidades básicas como vivienda, salud, educación,

electrificación, agua potable, carreteras, etc. Actualmente los grandes proyectos, sobre todo en obra pública, son realizados por constructoras extranjeras que cuentan con las capacidades técnicas y económicas anteriormente mencionadas y otras más, que por el contrario las empresas nacionales no cuentan y por lo tanto carecen de una capacidad productiva.

Ante la situación de grandes desigualdades lo más evidente podría ser que se adopte una postura de negatividad y de falta de alternativas; sin embargo, en estos momentos lo que procede es dejar de pensar de esa manera y enfocar las estrategias en los elementos con los que se cuentan y así enfrentar a los grandes bloques empresariales que acaparan el mercado nacional, por medio de alianzas efectivas con las empresas líderes del ramo, pues sumando capacidades se refuerzan las propuestas técnicas ya que se eleva el nivel tecnológico y las propuestas económicas se maximizan por acceder a más recursos financieros con mejores condiciones. La empresa o empresario nacional, además puede aprovechar su conocimiento del mercado, sus buenas relaciones con el gobierno, y la mejor forma de integrar y dirigir equipos regionales de técnicos y trabajadores, ofreciendo así sus servicios a las empresas extranjeras.

Décimo Cuarta. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, junto con el fenómeno globalizador, han traído efectos positivos y negativos para México, ante los positivos no cabe más que aprovecharse de ellos, como ejemplo de estos sería la modernidad, apertura de mercado, circulación de capital, etc.; para los efectos negativos inútil es oponerse a ellos, lo sugerible es adaptar el cambio de acuerdo a la realidad social de este país, es por esto que no sólo en materia de contratación administrativa sino también en un fortalecimiento de organización política se propone: propiciar una economía social de mercado, en la que exista una estrecha relación entre la libertad de mercado y el mejoramiento social; por otro lado se debe establecer una estructura económica, donde el ahorro, la productividad y la protección del medio ambiente puedan coexistir como una economía no monopólica, que promueva la distribución de ingresos de una manera equitativa. Un Estado que pueda responder con eficacia y eficiencia porque lo apoya una sociedad participativa que incluye una iniciativa privada consiente de los reclamos sociales y dispuestos a cambios que beneficien a todos.

Se propone también, establecer mecanismos que eviten los efectos destructivos de la globalización – aunque no sean suficientes – como frenar las inversiones especulativas y evitar la concentración exacerbada de la riqueza, fomentando así distribución de manera más justa; fomentar un Estado con capacidad de negociar en función del interés público para contrarrestar desigualdades.

Las propuestas anteriormente planteadas, se sugiere que se lleven a cabo a través de grupos de estudio conformados por especialistas de los diversos sectores de la sociedad como empresarios, maestros, investigadores, inversionistas, organizaciones sociales, etc., participando estos grupos de trabajo en las mesas de negociación del TLCAN, que se generen en aras de promover una verdadera igualdad con los Estados parte que son desiguales en su realidad social, económica e industrial a México; las mesas de negociación son de suma importancia ya que a través de ellas se trata de aminorar las crecientes desigualdades entre los Estados parte; un ejemplo de desigualdad, se puede apreciar en el actual y complejo problema de los transportistas mexicanos, a los cuales no se les esta aplicando el principio de “trato nacional y no discriminación,” sino que por el contrario hay un trato discriminatorio, ya que se les exige el cumplimiento de un estricto reglamento como el de cumplir con impuestos, seguros estadounidenses, entre otros, además de ¡¡¡hablar ingles!!!, - si hablaran inglés seguramente no estarán de chóferes – situación que no sucede con Canadá, que es también Estado parte del TLCAN, ya que no se le exige el cumplimiento de reglamentos discriminatorios, para el ingreso a Estados Unidos ni a México; el ejemplo anterior está fuera de tono con el espíritu de trato equitativo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Décimo Quinta. Por mucho tiempo la sociedad se ha situado en una actitud apática, es decir pasiva y sin ánimo, que la hace retraerse y aislarse de lo que pasa en su país, pero contrariamente se manifiesta cuando llega el momento de quejarse y reprochar; esta actitud viene como resultado del poco interés (real) tanto del Gobierno, de hacer partícipe a la sociedad de los cambios actuales, como de la sociedad de participar en ellos, pues siempre se ha creído que el ciudadano ni va a ser escuchado y menos aún atendida su petición, ante ésta realidad colectiva que aqueja, se propone un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que confluyen cuatro factores: la libertad, la seguridad, la participación ciudadana y la justicia distributiva, generados a través de la

reeducación del gobernado; es decir, volver al elemento compositivo de su desarrollo intelectual por medio de la información, que permita ampliar su conocimiento y desarrollar una conciencia participativa e interesada en los aconteceres diarios en los que se encuentra inmerso; una reeducación en la generación de confianza, por parte del ciudadano hacia los gobernantes y servidores públicos, que se espera cada vez actúen más de buena fe, lo que implica la obligación de conducirse con honradez y conciencia en su actuar.

En éste contexto, se sugieren actividades que se realicen al interior de las dependencias, entidades y empresas de participación estatal, así como empresas privadas; actividades como cursos, talleres, dinámicas, programas de integridad cuyo objeto será el de establecer reglas de comportamiento, conducta y ética, etc. que tienden a fomentar directamente valores como la honestidad, responsabilidad, honradez, fidelidad, entre otros; así también a reforzar la cultura de la competitividad, calidad en el servicio, además de establecer en las actividades anteriormente mencionadas, una motivación de aprendizaje; así el éxito de los objetivos se halla en la aportación de cada individuo al fin colectivo que se proponga en cada programa, taller, curso o dinámica; se deduce que la inversión en la capacitación del ciudadano es necesaria y más aún es totalmente rentable y sobre todo, la urgente necesidad de hacer efectivo el estado de derecho, la legalidad y la cultura de las responsabilidades sociales compartidas. La cultura de la observancia de la Ley.

CONCLUSIONES

- 1 La licitación, a diferencia de subasta, es el término adecuado para referirse al procedimiento administrativo de preparación de voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.
- 2 El primer antecedente constitucional de la contratación administrativa por medio de licitación pública sucede hasta la Constitución de 1917.
- 3 El artículo 134 Constitucional, que regula las contrataciones administrativas, se encontraba adelantado a su época, ya que en su momento no se realizó una ley que lo reglamentara, trayendo como consecuencia una evolución legislativa inconsistente.
- 4 Los principios que dan esencia y existencia a la licitación pública son:
 - a) Jurídicos: publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia.
 - b) Sustanciales: legalidad, defensa y moralidad administrativa.
- 5 El objetivo principal del procedimiento licitatorio es elegir al contratante, garantizando de este modo para el Estado, las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, así como el de establecer un contrato.
- 6 Después de la reforma de 1982, el artículo 134 abarca todos los contratos que realice el Gobierno Federal.
- 7 Los tratados internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal.
- 8 El exceso de celebración de tratados en ocasiones acarrea una problemática, dado que las autoridades que tienen la facultad y el deber de su aplicación en muchas ocasiones los ignoran, trayendo como consecuencia una inseguridad legal de saber si la autoridad está actuando conforme a derecho.
- 9 La licitación pública tiene la naturaleza jurídica de ser un procedimiento administrativo, regulada por normas de derecho administrativo.
- 10 La legislación debe especificar la denominación de las personas que intervienen en el procedimiento licitatorio, ya sea con las denominaciones licitante o licitador que se proponen en este trabajo, o bien, con otros que tiendan a una mejor comprensión de la ley.
- 11 Las garantías en la licitación, son medidas de seguridad establecidas por los legisladores en las leyes, que fungen como respaldo de la contratación administrativa.
- 12 Las modalidades de la licitación pública son: licitación nacional y licitación internacional.
- 13 Las excepciones a la licitación son: la invitación cuando menos a tres personas y la adjudicación directa.

14 La partida presupuestaria no es propiamente una etapa del procedimiento licitatorio, sino una consideración previa que constituirá las bases de la licitación pública.

15 Las etapas del procedimiento licitatorio son: publicación de la convocatoria, elaboración de bases, presentación de ofertas, apertura de ofertas, adjudicación y perfeccionamiento del contrato.

16 La publicidad y la convocatoria son figuras jurídicas diferentes, en tanto que tienen un régimen jurídico distinto, la primera constituye una actividad material y la segunda un acto administrativo.

17 El procedimiento licitatorio está impregnado de las facultades discrecionales con las que cuentan dependencias y entidades, sin embargo la discrecionalidad no es un poder ilimitado que tiene la autoridad para actuar libremente, sino que debe apegarse a las normas, principios y garantías legales y constitucionales que motivan y justifican su actuar.

18 El procedimiento de licitación pública así como el de invitación cuando menos a tres personas concluye con la formalización del contrato.

19 El contrato administrativo, no siempre se le adjudica a la propuesta que ofreció las mejores condiciones técnicas, sino a la que ofrece más bajo precio.

20 Para que un contrato administrativo se distinga de uno privado, se requiere que una de las partes sea un órgano de la administración pública ejerciendo una función administrativa, en el que se persiga una utilidad pública sujetándose a un régimen exorbitante de derecho público.

21 Los contratos administrativos se distinguen de acuerdo al tipo de utilidad que persiguen, ya sea la adquisición, arrendamiento o construcción de un bien o la prestación de servicio por ejemplo.

22 En México no hay un ordenamiento que regule todos los contratos administrativos, sino que por el contrario, su regulación se encuentra dispersa, difusa y muy compleja.

23 Los contratos administrativos que resulten de un procedimiento licitatorio, pueden tener la naturaleza de ser internacionales, por que es una modalidad regulada en la ley, además de encontrarse regulados en el TLCAN.

24 El TLCAN, es sin duda el tratado de comercio más importante que ha celebrado México, que ha causado un gran impacto social y jurídico.

25 La regulación de las materias de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas no deben unificarse nuevamente en un solo ordenamiento.

26 La falta de oportunidad en la aprobación de un presupuesto (Presupuesto de Egresos de la Federación) sustentado en planeaciones y programaciones para el desarrollo de objetivos, afecta el seguro cumplimiento de estos.

27 El fenómeno de la globalización, constituye una premisa fundamental en la apertura económica de las contrataciones administrativas.

28 Ante la gran apertura económica, no sólo en la contratación administrativa sino en todos los ámbitos de la economía, el Estado se está convirtiendo en un espectador y en simple mecanismo de vigilancia para que la actividad económica se realice sin trabas.

29 Para poder participar en una economía globalizada, la empresa o empresario mexicano debe tener una visión estratégica que consista en definir sus metas partiendo de sus habilidades y sobre todo delimitando el campo en que ha decidido desarrollarse, además de que dominen una especialidad y operen a costos más bajos.

30 A la luz del TLCAN se ha podido observar que las economías de los Estados parte, son asimétricas.

31 Las compras del sector público incluyen, la compra de bienes, servicios y servicios de construcción; en México, no están protegidos de la competencia mundial, sino que, por el contrario, se encuentran reguladas en el capítulo X del TLCAN denominado "Compras del Sector Público".

32 El TLCAN en México, tiene la naturaleza de ser Ley Suprema de toda la Unión, para Estados Unidos el mismo tratado se regula por una Ley de Implementación – es decir de complemento – y sin obligatoriedad absoluta.

33 La efectividad de la participación extranjera en los procedimientos de licitación produce por un lado, el efecto positivo de una más amplia inversión extranjera en el país y un mejor uso de tecnología, y por otro lado, el efecto negativo de que las partes se encuentran en igualdad de condiciones en los procedimientos licitatorios y por lo tanto existirán desigualdades en la competencia.

34 En caso de que surja alguna controversia entre los Estados parte del TLCAN, frecuentemente se resolverá por medio de un Tribunal de Arbitraje.

35 El arbitraje es un óptimo medio de solución de controversias, pero lo que predomina básicamente en éste procedimiento, no son los intereses jurídicos sino los económicos.

36 Ante el fenómeno globalizador y las desigualdades entre México y los países desarrollados, las empresas mexicanas, medianas y pequeñas, deben especializarse y responder a la capacidad de desarrollar contratos medianos que proliferan cada vez más en el mercado.

GLOSARIO

Acto Administrativo. Manifestación unilateral de la voluntad que expresa una resolución o decisión de una autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad jurídica. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite y declara o extingue derechos u obligaciones y es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer un interés general.

Acto Jurídico. Manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos de derecho con la manifiesta intención de que se realicen los efectos.

Adquisición. Latín jurídico *acquisitio*, derivado del verbo *acquirere*, adquirir. Transmisión voluntaria o legal de la propiedad de una cosa o derecho, considerada desde el punto de vista de la persona que se torna propietaria de la cosa o titular del derecho.

Administración Pública. Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (legislativo y judicial) su acción es continua y permanente, siempre persigue un interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos.

Arbitraje. Es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o aun tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final.

Arrendamiento. Hay arrendamiento cuando las dos parte contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

Burocracia. Proviene del francés *bureaucratie*. La etimología de la voz se integra del francés bureau, oficina, y del helenismo *cratos*, poder. Término que engloba las diversas formas de organización administrativa, a través de las cuales las decisiones de un sistema político se convierten en acción.

Ciudadano. Individuo nacional de un Estado, que participa en el ejercicio de la soberanía, ya sea en el cuadro de las instituciones del gobierno representativo mediante el poder electoral, ya en el cuadro del gobierno directo mediante la asistencia a las asambleas populares (Landesgermende suizo), o en el cuadro del gobierno semidirecto mediante el juego del referendum, el veto popular la iniciativa popular o el recall de las decisiones judiciales.

Convenio. Es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Contrato. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Contratista. La persona que celebre contratos de obras públicas o de servicios relacionados con la misma.

Corrupción. Del lat. *Corruptionis*. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales.

Dependencia. Es un órgano que se encuentra encuadrado en la administración Pública Central (las secretarías).

Derecho Administrativo. Se define, como el conjunto de normas de derecho público que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la administración pública, o poder ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con los particulares.

Empleado Público. Es aquel que presta un servicio determinado de carácter permanente, aun órgano público mediante salario, caracterizado por un vínculo laboral que tiene su origen en la ley.

Entidad. Es un órgano descentralizado que forma parte de la Administración Pública Paraestatal, cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio y son; las empresas de participación estatal mayoritaria o minoritaria y fideicomisos, son creados por ley del Congreso de la Unión o decreto del Ejecutivo Federal.

Estado. Es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas.

Facultad Discrecional. Consiste en la facultad que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención. Es la libre apreciación que se le da al órgano de la Administración Pública, con vistas a la oportunidad técnica, equidad o razones determinadas que puede apreciarse circunstancialmente, con límites consignados en la ley.

Función Administrativa. En sentido objetivo, es la actividad práctica e inmediata desarrollada por los órganos del Estado para atender los intereses públicos.

Funcionario Público. Es aquel que cubre un puesto oficial de trabajo en la administración pública y que no es empleado público, asumiendo un carácter de autoridad.

Garantía. Es el instrumento jurídico a través del cual el licitador (interesado) respalda su propuesta y el proveedor o contratista (cuando ya tenga esta calidad el interesado)

protege el cumplimiento del contrato y, en su caso, el anticipo que se le hubiese entregado.

Globalización. El proceso en que se generaliza la intercomunicación entre economías, sociedades y cultura donde se desarrolla y aplican tecnologías de la comunicación y la informática, junto con los acuerdos de los Estados para facilitar todo tipo de intercambios, especialmente del orden económico, desregulaciones, eliminación de barreras arancelarias y otro tipo de impedimentos a una mayor interrelación económica entre pueblos y Estados. Se vincula a los procesos de dominación y de apropiación. Cfr. Página 157 Y 158.

Gobernado. D.A. p.p. gobernar.

Gobernar. Mandar con autoridad o regir alguna cosa. Governare. Mancjar, dominar a una persona. Guiarse, regirse según una norma, regla o idea.

Hecho Jurídico. Acontecimiento de la naturaleza o del hombre al que el derecho le reconoce expresamente en el orden jurídico, consecuencias de derecho.

Impacto. Del latín *Impactus* huella o señal que deja en él /impresión que una acontecimiento, discurso produce en las personas o el opinión pública.

Instancia. "Acción y efecto de instar". Por su parte el verbo instar quiere decir, "Repetir a suplica o a petición, insistir en ella con ahínco". Diccionario de la Lengua Española Editorial Espasa - Calce. S.A. Madrid 1992 pag. 329.

Interés Público. Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.

Jurídico. Del latín *iuridicus adj.* que atañe al derecho o se ajusta a él.

Licitación. la licitación Pública es, el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara y aceptará la más conveniente.

Licitador. La persona que participe en cualquier procedimiento de licitación Pública o bien de invitación a cuando menos tres personas.

Licitante. La persona que participe en cualquier procedimiento de licitación Pública o bien de invitación a cuando menos tres personas. En teoría se supone que el licitante, porque convoca a la licitación, sólo debería ser el Estado, sin embargo las leyes lo identifican con los particulares proveedores o contratistas.

Medios de Impugnación. Son actos procesales de las partes dirigidos a obtener un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento

acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima apegada a Derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos.

Necesidad de Carácter General. Es la suma de muchas necesidades individuales iguales o similares en la que muchos de nosotros podemos identificar nuestra propia necesidad.

Necesidad Pública. Necesidad que tienen el Estado – federación, entidades federativas o municipios – o las personas de derecho público por él creadas – órganos constitucionales autónomos u organismos descentralizados –.

Obra Pública. *Ouvrage*, derivado de *oeuvre*, ver Obra de beneficencia. Inmueble edificado o perfeccionado por cuenta de una repartición pública y para un uso o servicio público; por esta razón se halla sometido a un régimen jurídico especial de derecho administrativo principalmente en lo concerniente a la competencia jurisdiccional.

Planeación. Desde el punto de vista económico, es un proyecto para prever la actividad económica y anticipar los resultados.

Presidencialismo. Sistema de organización política en que el presidente de la República es también jefe del gobierno, sin depender de la confianza de las Cámaras.

Presupuesto. Acto mediante el cual se prevén y autorizan respectivamente los recursos y gastos anuales del Estado o de otros servicios sometidos por las leyes a las mismas normas.

Procedimiento Administrativo. Un conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto.

Proceso. Conjunto de actos realizados conforme a determinadas normas, que tienen unidad entre sí y buscan una finalidad, que es la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho, o resolver una controversia preestablecida, mediante una sentencia.

Programación. Idear y ordenar las acciones necesarias para realizar un proyecto.

Proveedor. La persona que celebre contratos de adquisiciones arrendamientos o servicios

Recurso. Una pretensión de reforma de una resolución judicial dentro del mismo proceso en que dicha resolución ha sido dictada. Así pues el recurso, son los medios de impugnación que se plantean y resuelven dentro del mismo proceso.

Reglamento. Todo reglamento es una norma que complementa y amplía el contenido de una ley, por lo que jerárquicamente aquel está subordinado a esta y corre la misma suerte. Es una norma de carácter general, abstracta e impersonal expedida por el titular del Poder Ejecutivo, con la finalidad de lograr la aplicación de una ley previa.

Servicio (s). En sentido lato, empresa administrada por una repartición pública, o colocada bajo su dirección, que se destina a satisfacer necesidades colectivas del público.

En sentido estricto, régimen jurídico especial que implica para la Administración una serie de prerrogativas y poderes extraños al derecho común, con el fin de hacer más fácil la gestión continua y regular de las empresas públicas.

Servidor Público. Es aquél ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, profesionalmente, por tanto, al cuadro de personal del poder público. Tal vinculación puede ser directa (servidor de la administración pública centralizada) o indirecta (servidor de la administración pública paraestatal)

Soberanía. Principio jurídico en virtud del cual cada nación tiene derecho a disponer de sí misma, tanto en su organización interna como en su política externa, sin injerencia de otra u otras naciones. Soberanía nacional. La que reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales representativos. Implica la negación de cualquier poder superior al del Estado, es decir, la ausencia de las limitaciones impuestas al mismo por un poder extraño. El poder soberano es, por ende el mas alto o supremo .

Status. [sust. masc.] Posición social que una persona ocupa dentro de un grupo o en la sociedad.

Subsidios. (*Del latin subsidium.*) El subsidio es un apoyo de carácter económico que el Estado concede a las actividades productivas de los particulares con fines de fomento durante períodos determinados y que se considera como la especie del género denominado subvención.

Tratado. Los Convenios regidos por el Derecho Internacional Público celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional publico, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante los cuales los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Utilidad Pública. *Latin utilitas (de utilis, útil).* Beneficio que, según declaración oficial de la autoridad pública, se espera procurar para el público o para un servicio público (ver Asociación reconocida de utilidad pública, Declaración de utilidad pública, Expropiación por causa de utilidad pública y Reconocimiento de utilidad pública).

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Acosta Romero. Compendio de Derecho Administrativo, Parte General., Editorial Porrúa. México 1996. pp. 12,76,79,81,83,228,416,510.
2. Acosta Romero. Derecho Burocrático Mexicano., 2ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999. pp.139,140.
3. Arriaga Becerrau. Artículo. La naturaleza jurídica de la inconformidad prevista en la Ley de Adquisiciones y Obra Pública. pp. 56.
4. Arteaga Nava. Derecho Constitucional., Editorial Oxford. México 1999. pp.16.
5. Bejarano Sánchez. Obligaciones Civiles., 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1980. pp. 112,131,180.
6. Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones., 15ª Edición. Editorial Porrúa. México 1939. pp. 53, 304.
7. Burgoa Orihuea. Derecho Constitucional Mexicano., 6ª Edición. Editorial Porrúa. México 1985. pp. 327.
8. Canals Arenas. El Contrato de Obra Pública., Editorial Trillas. México 1991. pp. 68,69,76,77.
9. Cassagne, Carlos. El Contrato Administrativo., Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1999. pp. 46,47.
10. Castels, Manuel. La Era de la Información., 3ª Edición. Editorial Siglo Veintiuno. Inglaterra 1996. pp. 128,129.
11. Dávalos Morales. Derecho del Trabajo I., 7ª Edición. Editorial. Porrúa. México 1997. pp. 398.
12. Dromi Roberto. Licitación Pública., 2ª Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina 1999. pp. 25,76,77,86,245,278,419,435,559,560.
13. Fernández Ruiz. Derecho Administrativo, Contratos., Editorial Porrúa. México 2000. pp. 170,203,209,238,335,340.
14. Fernández Vázquez. Diccionario de Derecho Público., Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1981. pp.480,481.
15. Fix Zamudio. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado., Editorial Porrúa. México 1999. pp. 109.
16. Flores Olea. Crítica a la Globalidad., Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2001.

17. García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho., 26ª Edición. Editorial Porrúa. México 1985. pp.101,102,103,104,107.
18. González Pedrero. El Estado Mexicano: Globalización y Modernidad., Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2001. pp. 83,84,87.
19. Hans Kelsen. Teoría General del Derecho y del Estado, traducción Eduardo García Maynez., 26ª Edición. Dirección General de Publicaciones, Ciudad Universitaria. México 1958. pp. 52.
20. Hans Kelsen. La Teoría Pura del Derecho., 4ª Edición. Editorial Colofón México 1994. pp. 47.
21. Historia General de México. Colegio de México varios autores Tomo I México 1981. pp. 938,941.
22. López Elías. Licitación Pública., Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1999. pp. 33,48,65,81,146,150.
23. Lasalle, Fernando. ¿Qué es una Constitución?., Ediciones Coyoacán. México 1994. pp. 38.
24. Martínez Morales. Derecho Administrativo 1 y 2 curso., 3ª Edición. Editorial Harla. México 1996. pp. 125,131.
25. Novelo Urdanivia. Seis Años del TLC: Un balance preliminar., Universidad Autónoma Metropolitana 2000. pp. 155.
26. Ovalle Favela. Derecho Procesal Civil. 7ª Edición. Editorial Harla. México 1995. pp. 196,201.
27. Ortiz Ahlf. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte., Editorial Themis. México 1994.
28. Pérez de León. Notas de Derecho Constitucional y Administrativo., 10ª Edición. Editorial Porrúa. México 1981. pp. 32.
29. Ramos Samuel. El Perfil del Hombre y la Cultura en México., 22ª Edición. Editorial Austral Mexicana. México 1994. pp. 44.
30. Robles Gregorio. Sociología del Derecho. 2ª Edición. Editorial Civitas. Madrid 1997. pp. 154.
31. Rodríguez González Valdes. México ante el Arbitraje Internacional., Editorial Porrúa. México 1999. pp. 70,126,
32. Sepúlveda César. Derecho Internacional Público., 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1971. pp. 357,358.

33. Serra Rojas. Derecho Administrativo., 10ª Edición. Editorial Porrúa. México 1959. pp. 287,514,663.
34. Tena Ramírez. Derecho Constitucional Mexicano., 19ª Edición. Editorial Porrúa. México 1983. pp. 13.
35. Vargas Gómez. Contratación Internacional en el Sistema Interamericano., Editorial Oxford. México 2000. pp. 97.
36. Zigmunt Bauman. La Globalización, Consecuencias Humanas., Fondo de Cultura Económica. México 2001. pp. 78.

LEGISLACION

- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- ❖ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Reglamento.
- ❖ Ley de Planeación.
- ❖ Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- ❖ Ley Federal de Entidades Paraestatales.
- ❖ Ley Federal de Procedimientos Administrativos.
- ❖ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- ❖ Ley Federal de Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos.
- ❖ Ley Federal Sobre Metrología y Normalización
- ❖ Ley General de Deuda Pública.
- ❖ Ley General de Sociedades Mercantiles.
- ❖ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- ❖ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y Reglamento.
- ❖ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- ❖ Ley Sobre la Celebración de Tratados.
- ❖ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público para el Distrito Federal.
- ❖ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas para el Distrito Federal.
- ❖ Código de Comercio.
- ❖ Código Civil para el Distrito Federal.
- ❖ Presupuesto de Egresos de la Federación.

DICCIONARIOS

1. Diccionario Académico de la Real Academia Española. Madrid pp. 1992.887,2;807,3;593,3;1266,1;2077,2.
2. Diccionario Enciclopédico Espasa., 8ª Edición. Editorial Espasa Calper V Madrid 1978. pp. 873.
3. Diccionarios Jurídico. Thesaurus. Programa de Computo.

INTERNET

- <http://www.chile-hoy.de>
- <http://www.globalización.org>
- <http://www.scjn.gob.mx>
- <http://www.unam.juridicas.com.mx>
- <http://www.rae.com>