



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO.**

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL.**

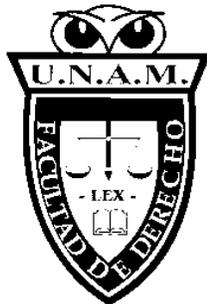
**“LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU PODER SANCIONADOR (PENAL Y ADMINISTRATIVO)”**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**ISAAC JOSAFAT VICTORIA REYES**

**ASESOR: LIC. FRANCISCO JAVIER VENEGAS HUERTA.**



**CIUDAD UNIVERSITARIA, 2015.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ**  
**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN**  
**ESCOLAR DE LA U.N.A.M.**  
**P R E S E N T E.**

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL**  
**OFICIO INTERNO FDER/SP/65/07/2015**  
**ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS**

El alumno **ISAAC JOSAFAT VICTORIA REYES**, con No. de Cuenta: 303046837, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. FRANCISCO JAVIER VENEGAS HUERTA**, la tesis profesional titulada "**LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU PODER SANCIONADOR (PENAL Y ADMINISTRATIVO)**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, **LIC. FRANCISCO JAVIER VENEGAS HUERTA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis: "**LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU PODER SANCIONADOR (PENAL Y ADMINISTRATIVO)**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **ISAAC JOSAFAT VICTORIA REYES**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los 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"

Sin otro particular, agradezco anticipadamente la atención que le dé a la presente solicitud, y aprovecho para enviarle un saludo cordial.

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
Cd. Universitaria, D. F., 30 de julio de 2015

  
**MTRO. CARLOS ERNESTO BARRAGÁN Y SALVATIERRA**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO**



FACULTAD DE DERECHO  
SEMENARIO DE  
DERECHO PENAL

*A don Miguel Victoria y doña Micaela Reyes, mis amados padres y maestros de aciertos y errores, de vida, fe y cultura. A ustedes mi agradecimiento desde el alma por su entrega total a mi formación en todas sus dimensiones.*

*A mi amada esposa, Marycruz Mondragón, por el apoyo perenne, por la promesa de amor que nos tenemos, por el milagro de la vida concebido en tu vientre. A ustedes mi vida y esfuerzos.*

*A mi hermana de sangre y de Alma máter, Andrea, por tu camaradería. Sirva este trabajo como ofrenda a tus estudios profesionales.*

# LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU PODER SANCIONADOR (PENAL Y ADMINISTRATIVO)

Glosario .....	I
Introducción .....	II

## Capítulo primero

### Evolución del régimen contractual

1.1 México Independiente .....	1
a) El Imperio Mexicano .....	2
b) El sistema federalista .....	3
c) El sistema centralista .....	5
d) Reforma .....	9
e) El Imperio de Maximiliano .....	11
1.2 Época Porfirista.....	13
1.3 El Constituyente de 1917 .....	14

## Capítulo segundo

### Bases constitucionales de la contratación pública en México

2.1 Ámbito Federal, Estatal y del Distrito Federal .....	19
2.2 Legislación Federal aplicable a las contrataciones del Estado .....	24
a) Ley de Adquisiciones y Arrendamientos del Sector Público .....	24
Licitación Pública .....	27
Invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa ...	34
b) Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas .....	37

Licitación Pública .....	39
Invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa ..	41
c) Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria .....	42
d) Presupuesto de Egresos de la Federación .....	44
e) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal .....	45
f) Ley Federal de las Entidades Paraestatales .....	46
g) Ley de Planeación .....	47
h) Ley de fiscalización y rendición de cuentas de la Federación .....	49
2.3 Régimen difuso de la regulación contractual en el Estado Mexicano .....	51
a) El Poder Ejecutivo Federal. Administración Pública Federal, centralizada y descentralizada .....	51
b) El Poder Legislativo Federal .....	54
Cámara de Diputados .....	54
Cámara de Senadores .....	60
c) El Poder Judicial de la Federación.	
Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	66
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación .....	70
d) Organismos Constitucionales Autónomos	
Banco de México .....	72
Instituto Nacional Electoral .....	74
Comisión Nacional de los Derechos Humanos .....	75
e) Nivel Estatal. Distrito Federal y Estado de México	
Distrito Federal .....	76
Estado de México .....	76

## Capítulo tercero

### El poder sancionador del Estado Mexicano en sus contrataciones

3.1 Conceptualización del contrato, contrato administrativo y su naturaleza jurídica	
a) Contrato Civil .....	80
b) Contrato Administrativo .....	84
c) Naturaleza jurídica del contrato administrativo .....	88
3.2 Diversos tipos de contratación que realiza el Estado Mexicano .....	88
a) Contrato de obra pública .....	89
b) Contrato de Compra-venta de bienes muebles .....	89
c) Contrato de Suministro .....	90
d) Contrato de Arrendamiento de bienes muebles .....	91
e) Contrato de Arrendamiento financiero .....	92
f) Contrato de prestación de servicios .....	92
g) Contrato de Empréstito Público .....	93
h) Contrataciones laborales .....	93
3.3 Fenómenos de corrupción y contratación ilícita o irregular .....	94
3.4 Diferencias entre delito e infracción administrativa .....	95
3.5 Hipótesis delictivas aplicables a particulares en las contrataciones del Estado Mexicano .....	99
a) Uso indebido de atribuciones y facultades .....	99
b) Cohecho .....	102
c) Tráfico de influencia .....	104
d) Falsificación de documentos .....	106
3.6 Infracciones administrativas aplicables a las conductas irregulares en la contratación pública .....	110

3.7 Imposición de sanciones a particulares .....	112
3.8 Constitucionalidad del poder sancionador a particulares en normas penales y administrativas por la misma conducta. ¿Existe transgresión al principio “ <i>non bis in ídem</i> ”? .....	116

## Capítulo cuarto

### **Necesidad de reformar la legislación en materia de contrataciones públicas para un eficaz combate a la corrupción en la vía penal y administrativa**

4.1 Responsabilidades atribuibles a particulares .....	121
4.2 Propuestas de reformas .....	125
a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos .....	125
b) Leyes reglamentarias de los procedimientos de contratación pública .	126
c) Código Penal Federal .....	127
Conclusiones .....	129
Propuesta .....	135
Bibliografía .....	138

## **GLOSARIO.**

DOF.- Diario Oficial de la Federación.

LAASSP. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

LFACP.- Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.

LFEP.- Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

LFPRH.- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

LOPSRM.- Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas.

LOAPF.- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

PEF.- Presupuesto de Egresos de la Federación.

## INTRODUCCIÓN.

Existe en la sociedad mexicana del siglo XXI, un dicho coloquial que recorre las entrañas de su pensamiento, que predispone las acciones y actitudes frente al convivir social, un dicho que es reconocido como norma consensual de observancia casi obligatoria, este dicho es “el que no tranza no avanza”.

Hablar de corrupción en México implica romper con sistemas socialmente establecidos y aceptados, implica afectar intereses monetarios, de poder y de reconocimiento, implica el cierre de filas de todo tipo de agrupaciones en pos de la defensa de sus intereses, de su supervivencia; implica el peligro de ser víctima de un discurso político, del abanderamiento de causas justas en manos de líderes irónicamente corruptos. Implica una búsqueda interminable de culpables y orígenes.

Hablar de corrupción en un país subdesarrollado como lo es México, es hablar de un universo complejo, que contiene un sinnúmero de ramificaciones, de tal suerte que podría aseverar que existen sendas modalidades de corrupción como actividades humanas existen en esta nación. Tal es el caso de la corrupción en materia de contrataciones públicas, que es una especie del género mismo.

Hoy por hoy resulta poco útil realizar una genealogía de la corrupción en México, se necesitan acciones concretas, meditadas, eficaces, jurídicamente viables y armoniosas con el régimen jurídico mexicano, que busque siempre la transparencia de la función pública y el bien común obtenido a través de la actividad eficiente de la administración pública.

Bajo este orden de ideas, es que he elegido el tema relacionado con el combate a la corrupción en las Contrataciones que hace el Estado bajo el amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; con motivo de la expedición de la “Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas”.

El combate a la corrupción resulta ser un tema de vanguardia, aplaudible desde cualquier punto de vista y necesario para conseguir un Estado de Derecho pleno; requiere de normas jurídicas eficaces que ataquen el fondo del asunto de una forma frontal, por lo que la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas representa una innovación en el régimen jurídico mexicano en razón de que pretende ampliar el ámbito de sanción a los actores que intervienen en los procedimientos de contratación del Estado.

Esto es así en virtud de que en la actualidad no todos los sujetos que son partícipes en prácticas corruptas dentro de los procedimientos de contratación del Estado son susceptibles de ser sancionados en la vía administrativa, pues el Derecho Positivo Mexicano sólo persigue y sanciona a los servidores públicos que obtienen un beneficio adicional a las contraprestaciones otorgadas por el Estado, o bien que presentan una deficiencia en el servicio encomendado o causan un daño patrimonial por violar el procedimiento establecido en la ley. Sin embargo hasta el día de hoy se ha soslayado a la contraparte del servidor público corrupto: el particular.

No obstante, es menester que esta estrategia de combate a la corrupción en las contrataciones públicas sea diseñada con la técnica jurídica necesaria a fin de respetar en todo momento los derechos fundamentales de los particulares corruptos, dado que si bien es cierto que la conducta de estos últimos es reprochable desde la sociedad, no menos cierto lo es que también tienen acceso a una defensa jurídica que buscará siempre y en todo momento eximirse de su responsabilidad ocurriendo ante los tribunales de la federación en busca del amparo y la protección de la justicia de la unión por violaciones a sus garantías individuales.

Llegado a este punto, necesario es, señalar uno de los temas torales en el presente trabajo, que es precisamente la constitucionalidad de las facultades de la autoridad administrativa para sancionar a los particulares que incurran en prácticas corruptas en el procedimiento de contratación de que se trate, toda vez que dichos hechos son susceptibles de sanción penal a través de los tipos penales

del cohecho, falsificación de documentos o el tipo penal del tráfico de influencias, contemplados por el Código Penal Federal.

Por lo que es preciso analizar si esa doble sanción (administrativa y penal) por la misma conducta irregular, resulta violatoria del principio “Non bis in idem” contemplado en el artículo 23 constitucional.

Dicho cuestionamiento es básico de análisis para poder generar una estrategia normativa de combate a la corrupción en las contrataciones públicas del Estado mexicano, ya que estamos hablando de dotar de mayor poder coercitivo a la Administración Pública para lograr su cometido encomendado por el artículo 134 constitucional, el cual en su párrafo tercero señala 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 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...**”

Lo anterior necesita ser así, toda vez que un administrador sin poder de coacción se ve muy limitado para lograr sus objetivos, desde luego que ese poder coercitivo requiere ser limitado de tal forma que sea eficaz, eficiente y suficiente.

Así las cosas, el presente trabajo se enfoca en analizar los tipos penales aplicables a las conductas irregulares llevadas a cabo por los particulares en los procedimientos de contratación que contemplan la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público y la Ley de Obras públicas y servicios relacionados con las mismas; así como determinar las infracciones

administrativas que contempla el marco jurídico vigente para dichas conductas, para que de este modo podamos concluir si el marco normativo vigente para combatir la corrupción es suficiente o no.

Actualmente la Autoridad Administrativa sólo cuenta con la multa y el arresto administrativo de hasta 36 horas como elementos de coacción para hacer cumplir sus determinaciones. Y siendo que en los procedimientos de contratación pública se requiere contar con mecanismos de coacción eficientes para que personas físicas y morales se apeguen a las directrices de las leyes de la materia, es necesario contemplar más medidas como la inhabilitación para participar en procedimientos de contratación gubernamentales o la rescisión de las relaciones contractuales con el Estado, con la finalidad de crear un marco normativo generalizado y eficiente que haga imperar el aseguramiento de las mejores condiciones para el Estado a través de sanciones que ataquen lo más valioso de un comerciante: sus ganancias económicas.

Partimos de la idea de que el combate a la corrupción en las contrataciones públicas debe ser frontal y atacarse tanto en la vía penal como en la vía administrativa, en virtud de la gravedad que implican dichas prácticas a fin de evitar que los particulares corruptos encuentren un refugio en lagunas jurídicas para evadir su responsabilidad.

# LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO Y SU PODER SANCIONADOR (PENAL Y ADMINISTRATIVO)

## CAPÍTULO PRIMERO

### EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL

Bien es sabido el Derecho que rige en determinada época, tiende a normar las necesidades que las condiciones económicas, políticas y sociales que la época de que se trate, exige, por tanto, atendiendo a las circunstancias y forma de gobierno que imperaba en lo que ahora se conoce como territorio mexicano en la época prehispánica, podemos señalar que no existía un régimen específico que normara la contratación pública, ya que como lo señala el maestro Jorge Fernández Ruiz *“es difícil admitir que el derecho azteca hubiese desarrollado una regulación de las obligaciones y del negocio contractual”*<sup>1</sup>.

Ya para la época colonial se tienen los primeros registros de la génesis de la licitación pública en México, como medio de contratación del virreinato de Carlos Francisco de Croix, en el año de 1777, cuyo objeto fue la ejecución de la obra pública del desagüe de la Ciudad de México.

No obstante ello, es hasta la época del México Independiente cuando se comienza a desarrollar propiamente la idea de subasta, remate o concesión pública.

#### 1.1 MÉXICO INDEPENDIENTE

##### a) El Imperio Mexicano.

---

<sup>1</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos*, 3ª ed. México, Editorial Porrúa, 2009.

Firmados los Tratados de Córdoba el día 24 de agosto de 1821 en Villa de Córdoba, se determinó que la forma de gobierno del imperio mexicano sería monárquico, constitucional moderado, designando una Junta Provisional Gubernativa la cual procedería a nombrar a la Regencia (ambas presididas por Agustín de Iturbide), en quien recaería el poder ejecutivo; y por último emitir la convocatoria al Congreso Constituyente, el cual quedó constituido el 24 de febrero de 1822. Entre dicho congreso y Agustín de Iturbide (quien fuera nombrado Emperador el 19 de mayo de 1822) existieron severas discrepancias que llevaron a que el Emperador disolviera al Congreso Constituyente.

A tal disolución le sucedió la rebelión del brigadier Don Antonio López de Santa Anna, quien desconocería a Agustín de Iturbide como Emperador, proclamaría la República y llamaría a la reinstalación del Congreso Constituyente.

Esta época fue de total incertidumbre e inestabilidad política, donde hubo de decidirse la forma de gobierno que adoptaría México, pasando de la Monarquía al Imperio y por último a la República. México salía de una guerra civil que tenía devastadas las finanzas, la infraestructura del país se encontraba en situaciones no menos alentadoras, y el tema primordial era restablecer la paz social y definirse como nación.

Por tanto el tema relativo al crecimiento económico, inversión en infraestructura o sostenimiento de los servicios públicos, atendía a una mera inercia social. Sin embargo, existe legislación que comienza a tratar el tema del gasto público, su eficacia y transparencia; tal es el caso del Reglamento provisional político del Imperio Mexicano de 1822, expedido por la Junta nacional instituyente el 18 de diciembre de 1822, el cual contenía ya disposiciones relativas al ejercicio del gasto público, su fiscalización y la contratación celebrada con los particulares, como se advierte de la lectura de sus artículos 14, 25, 30 y 33, los cuales señalan en lo conducente lo siguiente:

*“Artículo 14.- La deuda pública queda garantizada. **Toda especie de empeño o contrato entre el Gobierno y sus acreedores o interesados es inviolable.**”*

*“Artículo 25.- El Poder Legislativo reside ahora en la Junta nacional instituyente, que lo ejercerá de conformidad con el reglamento de 2 del pasado noviembre, cuyo tenor es el siguiente:*

*Bases orgánicas de la Junta nacional instituyente:*

*(...)*

*4. Con toda la brevedad mayor posible procederá a **organizar el plan de la hacienda pública, a fin de que haya el caudal necesario para su ejecución con los gastos nacionales** y cubrir el considerable actual deficiente, poniéndose de acuerdo con el Poder Ejecutivo;”*

*“Artículo 30.- Toca al Emperador:*

*(...)*

*17. Decretar la **inversión de fondos destinados a cada uno de los ramos públicos;**”*

*“Artículo 33.- Los ministros **formarán los presupuestos de gastos, que acordará la Junta, y le rendirán cuenta de los que hicieron**”*

De la anterior transcripción se desprenden las primeras bases del gobierno del México Independiente para entablar relaciones contractuales con los particulares con recursos provenientes del gasto público, a fin de cubrir las necesidades de los ramos públicos. Ameritando una mención especial el artículo 33 del cuerpo normativo antes citado, el cual contempla la rendición de cuentas respecto del presupuesto ejercido por los ministros del ramo correspondiente, adelantándose más de un siglo y medio en el tema.

## **b) El sistema federalista.**

A la caída del Imperio de Agustín de Iturbide, tuvieron lugar múltiples negociaciones políticas entre las diputaciones de las provincias del territorio mexicano con el Congreso Constituyente reinstalado por Iturbide antes de abdicar, pues las diputaciones provinciales no lo reconocían con el carácter de constituyente sino únicamente como Congreso Convocante. La historia señala que en la mencionada disputa, el Congreso constituyente de 1822 tuvo que ceder a las

pretensiones de las diputaciones (pues ellas amagaron con argumentos separatistas) mediante el *Voto por la forma de República Federada* del 12 de junio de 1823, aceptando convocar a un nuevo Congreso que constituiría la nación.

El resultado de lo anterior fue la instalación del Congreso Constituyente el 7 de noviembre de 1823, quien previa expedición del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana el día 31 de enero de 1824, procedió a la aprobación, firma y publicación de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos el día 04 de octubre de 1824. Esta constitución en su capítulo “De las facultades del Congreso general”, contempla lo siguiente:

*“50. Las facultades exclusivas del Congreso general son las siguientes:*

***II. Fomentar la prosperidad general, decretando la apertura de caminos y canales o su mejora, sin impedir a los Estados la apertura o mejora de los suyos, estableciendo postas y correos y asegurando por tiempo limitado a los inventores, perfeccionadores o introductores de algún ramo de la industria, derechos exclusivos por sus respectivos inventos, perfecciones o nuevas introducciones”***

Lo cual nos da la idea de que comienza una etapa de reconstrucción del país a través de la creación de infraestructura que fomente el comercio, no obstante la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, no establece ninguna directriz para determinar el régimen contractual del Estado Mexicano, pues únicamente señala en el mencionado artículo 50 que será atribución del Congreso general fijar los gastos generales y determinar su inversión, para que posteriormente de manera anual *“tomar cuentas al gobierno”* (poder ejecutivo) de la ejecución del gasto público, para lo cual el Estado no sólo se podía allegar de los recursos recaudados vía contribuciones sino también de los obtenidos por los créditos de la federación. Así lo señalan las fracciones VIII y IX del citado artículo 50 de la constitución en comento, en la literalidad siguiente:

*“VIII. Fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al gobierno.*

*IX. Contraer deudas sobre el crédito de la federación, y designar garantías para cubrirlas.”*

**c) El sistema centralista.**

Parecería entonces que la naciente Nación Mexicana se encaminaría hacia el progreso bajo el régimen federalista, pero la Constitución de 1824 cometió un grave error a decir de Luis de la Hidalga, pues incorporó en su sistema electoral una fórmula que pondría al ganador de las elecciones en el cargo de Presidente de la República, y al segundo lugar de las mismas en el cargo de Vicepresidente, lo cual traería como consecuencia una fuerte inestabilidad política, económica y social<sup>2</sup>.

Tal fue el caso del presidente Guadalupe Victoria, quien fue severamente asediado por su suplente Nicolás Bravo, y también del presidente Vicente Guerrero que incluso sería traicionado y ejecutado por su vicepresidente Anastasio Bustamante.

Esta situación trajo como consecuencia una lucha armada por el poder entre los dos partidos que hasta entonces se habían formado, el liberal y el conservador, de la cual el partido triunfante fue el conservador apoyado por altos mandos castrenses y el clero (quien se había visto severamente disminuido en el poder), encabezados por el polémico Antonio López de Santa Anna, quien ocuparía la presidencia de México por once ocasiones y sería paladín e instrumento del partido conservador, subyugando a este último sus ambiciones de poder<sup>3</sup>.

Una vez controlado el territorio nacional por el partido conservador, se formó un nuevo congreso constituyente a conveniencia del partido mencionado, el cual tendría la encomienda de expedir una nueva Constitución que contemplara un

---

<sup>2</sup> Hidalga, Luis De la, *Historia del Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2002, pp. 105 y 106.

<sup>3</sup> Muñoz, Rafael F., *Santa Anna. El dictador resplandeciente*, 5ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

régimen centralista, lo cual se vio materializado con la aprobación de las “Bases constitucionales” el 22 de octubre de 1835, y promulgadas el 15 de diciembre del mismo año. A dicho acto legislativo, sobrevinieron la expedición de las llamadas “Siete Leyes”, que en su conjunto conformaron la constitución política del régimen centralista.

De las Siete Leyes podemos observar las bases constitucionales sobre las cuales el Estado Mexicano debería aumentar la infraestructura para la instrucción de la primera educación y de los caminos y carreteras que fomentarían la comunicación en el territorio nacional. Por ejemplo en la ley Tercera en sus artículos 44 fracciones III, IV, VI y VII; y 52 fracción I, se sientan las facultades con las que cuenta el congreso para planear el presupuesto de los gastos que el gobierno erogaría en el siguiente año, para la posterior fiscalización de la inversión del presupuesto ejercido. Asimismo se advierte que el congreso es el órgano que aprueba al poder Ejecutivo para contraer deudas y posteriormente las reconoce a fin de abastecer los gastos del gobierno. Por último la Cámara de diputados cuenta con la facultad exclusiva de fiscalizar la cuenta pública a cargo de la Contaduría mayor. Los artículos que se han comentado son de la literalidad siguiente:

*“TERCERA.*

*Del poder legislativo, de sus miembros y de cuanto dice relación a la formación de las leyes.*

*44. Corresponde al congreso general exclusivamente:*

*....*

*III.- Decretar anualmente los gastos que se han de hacer en el siguiente año, y las contribuciones con que deben cubrirse....*

*IV.-Examinar y aprobar cada año la cuenta general de inversión de caudales respectiva al año penúltimo que deberá haber presentado el ministerio de Hacienda en el año último, y sufrido la glosa y examen que detallará una ley secundaria.*

*...*

**VI. Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación, y designar garantías para cubrirlas.**

**VII. Reconocer la deuda nacional, y decretar el modo y medio de amortizarla.**

...

52. Toca a la Cámara de Diputas exclusivamente, a más de lo que ha especificado esta ley:

**I. Vigilar por medio de una comisión inspectora, compuesta de cinco individuos de su seno, el exacto desempeño de la Contaduría mayor y de las oficinas generales de Hacienda...**

Aunado a lo anterior en la Cuarta ley constitucional, en su artículo 17 fracciones I, IX y XXIX, señalan literalmente lo siguiente:

“CUARTA.

*Organización del Supremo Poder Ejecutivo.*

....

17. Son atribuciones del Presidente de la República:

**I. Dar con sujeción a las leyes generales respectivas, todos los decretos y órdenes que convengan para la mejor administración pública...**

...

**IX. Cuidar de la recaudación y decretar la inversión de las contribuciones, con arreglo a las leyes.**

...

**XXIX. Contraer deudas sobre el crédito nacional, previa autorización del Congreso.”**

Dichos artículos interpretados de manera integral contemplan las atribuciones con que cuenta el Presidente de la República a fin de administrar los recursos con que cuenta (ya sea vía contribuciones o bien los obtenidos por medio de deudas contraídas sobre el crédito nacional) para su debida inversión en los rubros necesarios y que convengan para la mejor administración pública.

Como bien es sabido, el sistema centralista se caracterizó por la división del territorio mexicano en departamentos, los cuales serían administrados por un gobernador y una junta departamental, los cuales seguían una línea de subordinación directa respecto al gobierno central, a quien debían rendir cuentas sobre su administración; aunado a la creación de ayuntamientos integrados por alcaldes, regidores y síndicos, asentados en la capital del departamento y en zonas con población superior a ocho mil habitantes. En este contexto es de traer a colación, las facultades que la Sexta ley constitucional otorgaba a departamentos y ayuntamientos en materia de inversión del gasto público, facultades que se encuentran contempladas en los artículos 7 fracción XII; 14 fracciones III, IV, V y VIII; y 25 de la referida ley, los cuales señalan lo siguiente:

“SEXTA.

*División del territorio de la República y gobierno interior de sus pueblos.*

...

**7. Toca a los gobernadores:**

...

**XII. Vigilar sobre las oficinas de hacienda del departamento, en los términos que prevendrá la ley.**

...

**14. Toca a las juntas departamentales:**

...

**III. Establecer escuelas de primera educación en todos los pueblos de su departamento, dotándolas competentemente de los fondos de propios y arbitrios, donde los haya, e imponiendo moderadas contribuciones donde falten.**

**IV. Disponer la apertura y mejora de los caminos interiores del departamento, estableciendo moderados peajes para cubrir sus costos.**

**V. Dictar todas las disposiciones convenientes a la conservación y mejora de los establecimientos de instrucción y beneficencia pública, y a las que se dirijan al fomento de la agricultura, industria y comercio; pero si con**

*ellas se gravare de algún modo a los pueblos del departamento, no se pondrán en ejecución sin que previamente sean aprobados por el Congreso.*

...

*VIII. Examinar y **aprobar las cuentas que deben rendirse de la recaudación e inversión** de los propios arbitrios.*

...

*25. Estará a **cargo de los ayuntamientos**: la policía de salubridad y comodidad, **cuidar de las cárceles, de los hospitales y casas de beneficencia**, que no sean de fundación particular, y a las escuelas de primera enseñanza que se paguen de los fondos del común, **de la construcción y reparación de puentes, calzadas y caminos** y de la recaudación e inversión de los propios y arbitrios, promover el adelantamiento de la agricultura, industria y comercio, y auxiliar a los alcaldes en la conservación de la tranquilidad y el orden público en su vecindario, todo con absoluta sujeción a las leyes y reglamentos,”*

De la lectura anterior, se advierte que mientras el gobernador se encargaba de la hacienda pública del departamento y una vez nutrida dicha hacienda, los recursos eran ejercidos por las juntas departamentales a efecto de atender el establecimiento de escuelas de primera educación y beneficencia pública, para que posteriormente los ayuntamientos se hicieran cargo del mantenimiento de los mismos, quedando a cargo de la junta departamental el examen y aprobación de las cuentas que posteriormente se rendirían al gobierno central acerca de la recaudación e inversión del gasto público. Merece una especial atención la facultad de la junta departamental para establecer peajes en los caminos que abriría o que mejorara, a fin de cubrir su costo, pues constituye un verdadero antecedente del régimen de concesión de carreteras.

#### **d) Reforma.**

La transición del régimen centralista al régimen de la reforma liberal, se dio en el contexto del descontento ocasionado por los afanes monárquicos y sin ideología de quien fuera once veces presidente de la República, Don Antonio López de Santa Anna, pues ello ocasionaría la inestabilidad política del poder

conservador por un lado, y la gestación de la Revolución de Ayutla, por el otro. Lo cual culminaría con la definitiva expulsión de Santa Anna de la vida política del país, otorgando a su vez, fuerza política a diversos liberales que darían enormes aportaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1857.

Dicha carta magna centró sus esfuerzos en crear un Estado de Derecho liberal, que limitara el abuso del poder público y que sentara las bases del crecimiento económico, político y social del Estado Mexicano.

Bajo este contexto, se suscitó en el Constituyente de 1857 una polémica discusión en torno al intervencionismo del Estado en la economía del país, pues no obstante que las ideas de libertad irrestricta del comercio nacional estaban en boga, se temía la bancarrota de la hacienda pública ya de por sí erosionada, toda vez que dicha libertad irrestricta del comercio implicaría la abolición de las alcabalas aunado a que ello limitaría el campo de acción del gobierno para conducir al país hacia la estabilidad económica anhelada<sup>4</sup>.

No obstante lo anterior, en el seno del Congreso Constituyente de 57 se dio una acalorada pugna entre liberales puros, liberales moderados y conservadores; el punto crucial: la forma de gobierno (centralista o republicana) y la libertad de cultos. Todo ello trajo consigo una gran cantidad de disputas y tensiones políticas que culminarían en una guerra civil donde se pudieron apreciar dos bandos: liberales y conservadores, excluyendo a los moderados, quienes después de fracasar en su labor conciliadora tendieron a desaparecer como tales del escenario político nacional. Es de traer a colación lo anterior ya que durante la época de la Reforma, la situación del país condujo a que los “*hombres públicos*” centraran su atención a los temas bélicos internos y de carácter intervencionista, soslayando los temas relativos a la propia Administración Pública<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> De la Madrid Hurtado, Miguel, *El pensamiento económico en la Constitución Mexicana de 1857*, 3ª ed. México, Editorial Porrúa, 1986.

<sup>5</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 14ª ed. México, Editorial Porrúa, 2009.

## e) El Imperio de Maximiliano

*“Acepto el poder constituyente con que ha querido investirme la nación, cuyo órgano sois vosotros, pero sólo lo conservaré el tiempo preciso para crear en México un orden regular y para establecer instituciones sabiamente liberales. Así que, como os lo anuncié en mi discurso del 3 de octubre, me apresuraré a colocar la monarquía bajo la autoridad de leyes constitucionales, tan luego como la pacificación del país se haya conseguido completamente”.*<sup>6</sup>

Con esas palabras dirigidas por el archiduque de Austria-Hungría Maximiliano de Habsburgo a la comisión de tinte conservador que le ofreció la corona de México, dejó en claro que no obstante ser un hombre monárquico, tenía ideas sumamente liberales, las cuales a la postre le traerían diversos descontentos con la clase política que apoyó la imposición del Segundo Imperio Mexicano.

Tan sólo por mencionar el momento histórico que vivió el entonces Imperio Mexicano: Maximiliano de Habsburgo implementó muchas de las Leyes de Reforma promulgadas por el gobierno del presidente Benito Juárez. En esta tesitura, Fernando Maximiliano José María de Austria, atendiendo a sus ideas liberales, expidió el 10 de abril de 1865 el “Estatuto Provisional del Imperio Mexicano”, ordenamiento jurídico que no obstante a decir del maestro Tena Ramírez no tuvo vigencia práctica ni validez jurídica, es de resaltarse la atención que se brindó al fortalecimiento de la Administración Pública y a la incipiente contratación del Estado, toda vez que en sus artículos 5°, 39 fracción IV y 50, los cuales a la letra señalan lo siguiente:

*“Artículo 5°.- El emperador gobierna por medio de un Ministerio compuesto de nueve departamentos Ministerio compuesto de nueve departamentos ministeriales, encomendados:*

*Al ministerio de la Casa Imperial.*

*” ” de Estado.*

*” ” de Negocios Extranjeros y Marina.*

*” ” de Gobernación.*

---

<sup>6</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 25ª ed. México, Editorial Porrúa, 2008.

” ” *de Justicia.*  
” ” *de Instrucción Pública y Cultos.*  
” ” *de Guerra.*  
” ” *de Fomento.*  
” ” *de Hacienda.*

*Una ley establecerá la organización de los Ministerios y designará los ramos que hayan de encomendárseles.”*

*“Artículo 39. Son atribuciones de los alcaldes:*

*I a III...*

*IV. Representar judicial y extrajudicialmente la municipalidad, **contratando por ella** y defendiendo sus intereses en los términos que prevenga la ley.”*

*“Artículo 50. **La Dirección de Obras Públicas** ejercerá su vigilancia sobre todas las que se ejecuten, a fin de precaver los peligros de su construcción. Una ley determinará su organización y facultades.”*

Poco más de dos años después, el 15 de julio de 1867, se restablecería el régimen constitucional de 1857 y las Leyes de Reforma a la entrada triunfante del presidente Benito Juárez, cuyo régimen tendería nuevamente a estabilizar políticamente al país afianzando sus principios liberales, pero por desgracia, soslayando el cuidado y atención que merece la administración pública.

No obstante, la situación que vivía la nación en aquellos años obligó al Presidente Juárez a mantenerse en el poder a través de reelecciones no siempre plenamente justificadas<sup>7</sup>, lo cual ocasionó numerosos descontentos y levantamientos anti-juaristas, entre ellos el del Gral. Porfirio Díaz Mory, sin embargo la mayoría fueron sofocados en el año de 1872.

El 18 de julio de 1872 fallece Benito Juárez, asumiendo la Presidencia de la República en forma interina el Presidente de la Suprema Corte por ministerio de ley, Don Sebastián Lerdo de Tejada, quien terminaría dicho interinato en noviembre de ese año, eligiéndolo el Congreso como Presidente de la República durante el periodo de 1872 a 1876. Durante su periodo hubo poco impulso a la

---

<sup>7</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, México, Editorial Oxford University Press, 2003, Volumen 3.

economía nacional y por tanto su gobierno se vio limitado en materia de contrataciones públicas. La obra más importante de su gobierno fue la conclusión del Ferrocarril México-Veracruz, cuya construcción tardó casi cinco décadas a causa de la inestabilidad política que vivía el país.

La conclusión de la Administración de Lerdo de Tejada se vio envuelta en nuevas revueltas a causa de su intención por reelegirse, de nueva cuenta Porfirio Díaz encabezaba la sublevación en contra del reeleccionismo y con una reconocible habilidad política logra ser elegido Presidente de la República en el año de 1876, por primera ocasión.

## **1.2 ÉPOCA PORFIRISTA**

Esta época del México Independiente, tuvo una duración aproximada de 35 años, durante los cuales hubo una aparente paz en relación a las administraciones anteriores, no obstante que al régimen de Porfirio Díaz se le ha estigmatizado como un régimen aristocrático, donde si bien existieron numerosas injusticias sociales, también existió una recuperación de la economía nacional y se proyectaba el progreso del país, pues es de tomarse en cuenta que la situación económica del país se encontraba devastada a consecuencia de las innumerables pugnas armadas por la consolidación de nuestra incipiente nación.

Existen múltiples y variables enfoques para analizar el Porfiriato, por lo que en el presente caso, limitaré el campo de estudio a lo relacionado a la ejecución de obras públicas y a las diversas concesiones que el gobierno del general Porfirio Díaz otorgó. Es por todos conocido que la época Porfirista se caracteriza por el continuo impulso que se le brindó a la inversión extranjera que se desarrolló en el país, en diversos ramos de la economía nacional tales como la explotación

minera, la industria ferrocarrilera y tranviaria, la banca y crédito, los comercios de moda, joyería, la explotación de plantíos, etcétera<sup>8</sup>.

No obstante la administración pública porfiriana centró sus esfuerzos en la consolidación financiera del país, en la desamortización de la deuda externa y en el desarrollo económico del país, por lo que las contrataciones públicas que se llevaron a cabo fueron generalmente mediante adjudicaciones donde el co-contratante del Estado era elegido de manera arbitraria a decisión del general Porfirio Díaz y de sus allegados<sup>9</sup>.

La inercia económica, política y social que generó el régimen porfirista conllevó al descontento de muchos sectores que no se veían beneficiados de las grandes obras y proyectos que se llevaron a cabo, toda vez que fue política del gobierno del Presidente Díaz generar ofertas de negocio atractivas para la inversión extranjera; ofertas de negocio que implicaban una política de desregulación de la actividad económica por parte del gobierno ocasionando con ello una carga excesiva de trabajo para la clase obrera y campesina, así como una inequitativa distribución de la riqueza.

Ante tal situación, el surgimiento de clubes y periódicos de oposición al régimen era inevitable, así como la consecuente represión política, destierros y las sangrientas represiones a los movimientos de reivindicación laboral. Por lo que la vía elegida por los antirreeleccionistas fue el camino de las armas. La historia señala el triunfo de los opositores al régimen porfirista y la renuncia de su presidente y vicepresidente.

### **1.3 El Constituyente de 1917.**

A la caída del régimen porfirista, Francisco I. Madero tomó las riendas del país como Titular del Poder Ejecutivo, a quien le caracterizó su ánimo moderado entre las diferentes grupos políticos existentes, y no obstante que dicha

---

<sup>8</sup> Valadés, José C., *El Porfirismo. Historia de un régimen*, 2ª ed., México, UNAM, 1987, Tomo II: El Crecimiento I.

<sup>9</sup> Fernandez Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 113.

moderación le sirvió como punto de convergencia de la oposición porfiriana, una vez llevada al triunfo la revuelta no le fue suficiente para institucionalizar el movimiento, pues los grupos radicales exigían resultados a corto plazo que al no verlos materializados comenzaron a sublevarse en contra de su anterior líder moral. Aunado a dicha situación, el recién instituido régimen Maderista carecía de la suficiente legitimación política para sostenerse en el gobierno, lo cual le llevaría al golpe de Estado fraguado por el Gral. Victoriano Huerta.

Ante el golpe de Estado que orilló a Madero y Pino Suárez a renunciar a sus cargos como presidente y vicepresidente, respectivamente; el entonces gobernador del Estado de Coahuila Don Venustiano Carranza decidió desconocer dicha traición (la cual ya había sido legalizada por el Congreso) encabezando la definitiva revolución autodenominada "Constitucionalista". Esta nueva revolución tuvo una escisión, por un lado Don Venustiano Carranza con un estilo moderado, y por otro Francisco Villa y Emiliano Zapata con tendencias más radicales; tal escisión llegó al punto de los campos de batalla y hacia 1916 se advertía una significativa victoria del grupo Carrancista.

Después de ello, Venustiano Carranza hubo de encabezar las demandas sociales (en materia laboral y agraria) y exigencias democráticas, por lo que para efecto de restablecer el orden constitucional hubo de tomar la determinación, al parecer asesorado por el Ing. Félix F. Palavicini, de reunir un congreso constituyente, encargado de reformar la Constitución de 57 o de expedir una nueva, y que cumplida su encomienda se disolviera.

Es en este contexto en el que se expide la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857, que en realidad constituye un nuevo Pacto Constitucional, cuyas innovaciones son las ya conocidas en torno a la tenencia de la tierra, la defensa de los derechos de los trabajadores, reivindicación de Derechos Humanos tales como la libertad de expresión, de imprenta, etc. y por último afianzar un Estado de Derecho democrático, representativo y popular, incluyendo el principio de no reelección.

Por cuanto hace al tema de la presente tesis, es en esta nueva Constitución cuando se sientan las primeras bases sólidas en materia de Contrataciones Públicas, al amparo del espíritu democrático que imperaba en aquella época como consecuencia de las innumerables obras públicas llevadas a cabo en las administraciones de Porfirio Díaz que eran adjudicadas en razón de los lazos de amistad y cercanía al presidente de la república. Así las cosas, se crea el artículo 134 a la Constitución de 1917, cuya redacción primigenia es del siguiente tenor:

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

El espíritu que motivó al Constituyente la redacción de este artículo, según la presentación de su Dictamen en la 61ª Sesión Ordinaria celebrada el 25 de enero de 1917, fue el siguiente:

*“Ciudadanos diputados:*

*Al título de la Constitución que contiene las prevenciones generales, la Comisión ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, para el servicio de la nación, las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen.”<sup>10</sup>*

No obstante es de destacar que el incipiente artículo 134 constitucional era muy limitado y escueto, admitía interpretaciones que no siempre alcanzaban el objetivo buscado, como se advierte en la escasa discusión que generó en el Congreso Constituyente entre los Diputados Ibarra y Machorro Narváez en los siguientes términos:

*“-El C. Ibarra: Puede presentarse el caso de que en una convocatoria no hubiera personas que hicieran proposiciones para llevar a cabo la obra, o que ninguna de dichas proposiciones fuera aceptada, y como dice el artículo que sólo se llevará a cabo por convocatoria, en ese caso no se podría cumplir con tal disposición; por consiguiente, creo que debe hacerse una modificación, diciendo que se abra una convocatoria, y en el caso de que no*

---

<sup>10</sup> *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 8ª edición, México, Congreso de la Unión-Cámara de Diputados-L. Legislatura. Editorial Manuel Porrúa, S.A. , 1978, t. VIII. Antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 constitucionales.

*se presente una persona que llene los requisitos, se lleve a cabo la obra por administración.*

*-El C. Machorro Narváez, miembro de la Comisión: El señor diputado Ibarra supone el caso de que no haya postores; pero una de dos: o el contrato se lleva a cabo con un contratista cualquiera o no se lleva a cabo. En el segundo caso le queda al Gobierno el medio de mejorar las bases del contrato para que haya postores, y de esta manera indudablemente se llevará a cabo la obra.”<sup>11</sup>*

Por lo que resulta evidente que bastaba con que los postores se pusieran de acuerdo para no ocurrir a la denominada subasta, para obligar a la Administración Pública a hacer la oferta más llamativa para los postores y por consiguiente obstaculizando que el Estado asegurara las mejores utilidades posibles.

El referido artículo 134 constitucional ha tenido únicamente 3 reformas: el 28 de diciembre de 1982, el 13 de noviembre de 2007 y el 07 de mayo de 2008. De las cuales la primera de ellas fue la más constructiva en materia de contrataciones públicas, pues en un principio el contenido del artículo 134 constitucional limitaba su aplicación únicamente al rubro de obras públicas, no obstante soslayaba las contrataciones que el Estado llevaba a cabo en materia de adquisiciones de insumos, arrendamientos de bienes muebles e inmuebles, y servicios diversos.

La reforma constitucional del 28 de diciembre de 1982 además de ampliar su aplicación a las *“adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza”* (Sic) elevó a nivel constitucional el concepto de “Licitación Pública” (el cual ya se utilizaba en la Ley de Obras Públicas publicada el 30 de diciembre de 1980<sup>12</sup>), cuyo objeto es *“asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”* (Sic). Aunado a la anterior creó una excepción al procedimiento de contratación a través de licitación pública siempre que dicho procedimiento no sea idóneo para asegurar

---

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> González Sandoval, Rodrigo, *La licitación pública y el contrato administrativo. Aplicación y medios de defensa*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 8.

las condiciones antes mencionadas. Por último la reforma constitucional en comento establece los principios bajo los cuales la ley secundaria debería normar el procedimiento de licitación pública, los cuales son:

- Economía.
- Eficacia.
- Eficiencia.
- Imparcialidad.
- Honradez.

A efecto de comprender el alcance de dichos principios, es prudente traer a colación la tesis aislada en materia constitucional de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual es del tenor literal siguiente:

**LICITACIONES PÚBLICAS. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO CONFORME AL ARTÍCULO [134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS](#).**

El citado precepto establece los principios constitucionales que rigen a todo procedimiento licitatorio y que siempre deberán procurarse, a saber: eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez. Ahora bien, para conocer si la actuación del legislador es acorde con dichos principios, es necesario conocer el significado de éstos: a) eficiencia consiste en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional de los medios existentes, esto es, que exista una relación medio-fin al menor costo posible; b) eficacia consiste en obtener el resultado práctico deseado, sin que necesariamente sea al menor costo; c) economía, se relaciona con la administración recta y prudente de los bienes, a efecto de lograr las mejores condiciones de contratación para el Estado; d) imparcialidad, que gramaticalmente significa la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, se distingue cuando el funcionario se mantiene ajeno a los intereses de las personas que participan en el procedimiento licitatorio; y, e) honradez, implica la rectitud de ánimo, integridad en el obrar; es la forma de comportarse de quien cumple con escrúpulo sus deberes profesionales.

**PRIMERA SALA**

Amparo en revisión 89/2012. Kodak Mexicana, S.A. de C.V. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana Elena Torres Garibay.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Tesis: 1ª. CXLII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Décima Época, t. 1, agosto 2012, p. 490.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### BASES CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 05 de febrero de 1917, es una de las cartas magnas más reformadas en la historia del constitucionalismo de diversas naciones; cada una de las reformas sufridas por nuestro Pacto Social ha implicado cambios en la vida económica, política y social del Estado Mexicano, y el tema relativo a la regulación de la contratación pública no ha sido la excepción, pues como lo expusimos en el capítulo anterior, la primera redacción del artículo 134 constitucional era muy escueta ya que apenas se limitaba a señalar las bases de *“todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de las obras públicas”*<sup>14</sup>.

No obstante, el país se ha transformado a casi ya un siglo de la expedición de la Carta Magna vigente, el sistema económico se ha transformado de un Estado benefactor a una economía de libre mercado, lo cual ha implicado que el derecho administrativo en materia de contratación pública evolucionara a la par del sistema económico imperante, de tal manera que hoy en día el régimen contractual del Estado mexicano dista mucho de la acepción que el Constituyente del 17 tenía en relación a la contratación pública, aunque continúa vigente la idea de publicidad en el procedimiento de contratación.

#### **2.1 ÁMBITO FEDERAL, ESTATAL Y DEL DISTRITO FEDERAL.**

La Federación, a fin de cumplir con los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo y contando con los ingresos percibidos por concepto de las contribuciones que el Congreso de la Unión imponga a fin de cubrir el presupuesto del gasto público, planea y proyecta la cantidad y distribución de las obras

---

<sup>14</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_orig\\_05feb1917\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf) consultado el 17 de noviembre de 2014 a las 21:50 horas.

públicas necesarias, así como la adquisición de los insumos indispensables para el funcionamiento de la Administración Pública y para la oportuna prestación de los servicios públicos, para lo cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha dotado a la Federación de las siguientes atribuciones:

**“Artículo 26.-**

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

*Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.*

*La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.*

*En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.”*

**“Artículo 73. El congreso tiene facultad:**

(...)

**VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto.**

**VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de República en los términos del artículo 29.**

(...)

***XVII.** Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos (...)*

***XXIX-D.** Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social.*

***XXIX-E.** Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios. (...)*

***“Artículo 74.** Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:*

*(...)*

***IV.** Aprobar anualmente el PEF, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, **podrá** autorizar en dicho Presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes Presupuestos de Egresos.*

*El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de PEF a más tardar el día 8 del mes de septiembre, debiendo comparecer el secretario de despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos. La Cámara de Diputados deberá aprobar el PEF a más tardar el día 15 del mes de noviembre.*

*Cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, el Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara la Iniciativa de Ley de Ingresos y el Proyecto de PEF a más tardar el día 15 del mes de diciembre.*

*No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo Presupuesto; las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del Presidente de la República.*

*Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de la iniciativa de Ley de Ingresos y del Proyecto de Presupuesto de Egresos, cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión Permanente, debiendo comparecer en todo caso el Secretario del Despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven;(...)*

El artículo 26 constitucional faculta al Estado Mexicano para establecer la llamada planeación democrática a través de la cual, a decir del Dr. Miguel Carbonell, se busca que *“existan herramientas programáticas que guíen de forma*

*más o menos concreta la actuación de los órganos públicos*<sup>15</sup>, otorgando así la facultad al titular de la Administración Pública Federal de implementar un Plan Nacional de Desarrollo que imprimirá coerción y dinamismo en la toma de decisiones de la misma. En este sentido el Congreso de la Unión tiene la facultad de expedir leyes que busquen por un lado allegarse de recursos económicos para que consecuentemente, previa aprobación de la Cámara de Diputados del Presupuesto de Egresos de Federación propuesto por el Poder Ejecutivo, se haga una distribución de los recursos públicos en los diferentes ramos del referido presupuesto.

Por cuanto hace a las contrataciones públicas el Plan Nacional de Desarrollo contempla la inversión en infraestructura y prevé los insumos que requiere la Administración Pública Federal para la realización de las actividades estatales y la prestación de los servicios públicos, cuya previsión encuentra su base en la estimación anual que previamente hace cada dependencia y entidad respecto de sus necesidades. En razón de ello el Congreso de la Unión ejercerá su facultad para expedir leyes en materia de desarrollo económico contenidas en el artículo 73 constitucional, y de ser el caso aprobará los empréstitos necesarios sobre el crédito de la Nación a fin de alcanzar a cubrir la programación antes descrita.

Llegado a este punto, nuestra carta magna ordena la ejecución del gasto público bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a que hayan sido destinados; determinando que por cuanto hace al rubro de las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras que contratará el Estado, los procedimientos de contratación del Estado mexicano se regirán por los principios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez (además de los antes mencionados, por ser una especie del ejercicio del gasto público).

Actualmente el artículo 134 constitucional contempla la redacción siguiente:

---

<sup>15</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Editorial Porrúa, coeditada con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007, p. 225.

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

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

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

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

(...)”

A grandes rasgos, esta es la base constitucional del régimen de las contrataciones públicas del Estado Mexicano, y es en torno a esta dogmática que se deriva su régimen jurídico secundario, teniendo que por cuanto hace a la planeación, programación y presupuestación del gasto de la Administración Pública Federal, se encargará de normarlo la LFPRH, el Decreto del PEF, la LOAPF y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Por cuanto hace a los procedimientos de selección de co-contratante de la Administración Pública Federal, se encargarán de ello tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como la LOPSRM, con las excepciones que más adelante se estudiarán.

Por último, en relación a la fiscalización del ejercicio del gasto público, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, norma los alcances de las auditorías que la Auditoría Superior de la Federación, como entidad externa

de fiscalización superior de la federación llevará a cabo, sin perjuicio de las actividades que lleven a cabo los entes de fiscalización interna con que cuenten la Administración Pública Federal, el Congreso de la Unión, el Poder Judicial Federal, así como los organismos constitucionales autónomos.

## **2.2 LEGISLACIÓN FEDERAL APLICABLE A LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

En el presente numeral analizaremos lo relativo a las contrataciones que lleva a cabo la Administración Pública Federal de manera genérica, por ser el ente público que mayor número de contrataciones lleva a cabo y quien encabeza el régimen jurídico en materia de contrataciones públicas, reservando para numerales posteriores los regímenes específicos con que cuentan determinadas entidades de la Administración Pública Federal como Petróleos Mexicanos.

### **a) Ley de Adquisiciones y Arrendamientos del Sector Público.**

Esta Ley, en el ámbito federal, es el ordenamiento jurídico más aplicado en la programación de adquisiciones, realización de procedimientos de contratación, formalización y ejecución de contratos, así como en la solución de controversias y la imposición de sanciones con motivo de las infracciones en que incurrieren los proveedores del Estado; en razón de que conforme a su artículo primero, la LAASSP es aplicable a:

- La Administración Pública Centralizada: Las unidades administrativas de la Presidencia de la República, Secretarías de Estado, Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo Federal, y la Procuraduría General de la República.
- La Administración Pública Paraestatal: Organismos descentralizados, Empresas de participación estatal mayoritaria y Fideicomisos Públicos.

- Las Entidades Federativas, municipios y los entes públicos de unos y otros, que ejerzan recursos públicos federales conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con exclusión de los recursos que la Federación transfiere a las haciendas públicas de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, para destinarse a los Fondos de Aportaciones en materia de Educación, Básica, Normal Tecnológica, para Adultos, Infraestructura social, Seguridad Pública, entre otros establecidos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.
- Los particulares, personas físicas o colectivas de derecho, que participen en los procedimientos de contratación previstos en la LAASSP o sean proveedores de los entes gubernamentales antes precisados.

Aunado a la anterior excepción, se excluyen de la aplicación de la LAASSP a:

- Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tales como el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información.
- Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios en tanto las adquisiciones, arrendamientos y servicios que pretendan contratar se encuentren relacionados con las actividades sustantivas de carácter productivo que se refieren los artículos 3º y 4º de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo.
- Los Centros Públicos de Investigación, siempre que las adquisiciones, arrendamientos y servicios que pretendan contratar sean con cargo a los recursos que autogeneren de sus Fondos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.
- Las contrataciones celebradas entre dependencias, entidades, o entre éstas y las primeras, o entre dependencias o entidades de la Administración Pública Federal con alguna dependencia o entidad de la Administración Pública de una Entidad Federativa, en tanto que la dependencia o entidad obligada a transmitir la propiedad del bien, a

arrendarlo o a prestar el servicio no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate a un tercero para el cumplimiento del contrato.

La LAASSP regula tres procedimientos de contratación por los que pueden optar las dependencias y entidades sujetas a las disposiciones de dicha ley, de acuerdo a sus necesidades, a saber: Licitación Pública, Invitación a cuando menos tres personas y Adjudicación Directa.

Previo al inicio del procedimiento de contratación elegido, las dependencias y entidades sujetas a la ley en comento, deben planear, programar y presupuestar las adquisiciones, arrendamientos y servicios que pretendan contratar conforme a las disposiciones del PEF, la LFPRH, procurando el mayor apego a las metas y objetivos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo. Dicha planeación, programación y presupuestación se ve reflejada en el Plan Anual de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios que las dependencias y entidades publican anualmente en el sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, denominado Compranet.

Posteriormente las dependencias y entidades deberán realizar una investigación de mercado<sup>16</sup>, a fin de que conozcan las condiciones que impere en el mercado respecto del bien a adquirir, o del arrendamiento o servicio a contratar, para que de esa manera se busquen las mejores condiciones para el Estado, en cumplimiento al artículo 134 del Pacto Federal.

Por regla general la Licitación Pública es el procedimiento que dependencias y entidades deben llevar a cabo para elegir al co-contratante, no obstante existen supuestos de excepción en los cuales podrían utilizar el procedimiento de Invitación a cuando menos tres personas o de Adjudicación Directa, los cuales analizaré en párrafos posteriores. Cada procedimiento de

---

<sup>16</sup> La fracción X del artículo 2º de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público define a la investigación de mercado como la verificación de la existencia de bienes, arrendamientos o servicios, de proveedores a nivel nacional o internacional y del precio estimado basado en la información que se obtenga en la propia dependencia o entidad, de organismos públicos o privados, de fabricantes de bienes o prestadores del servicio, o una combinación de dichas fuentes de información.

contratación tiene sus etapas, reglas y características específicas, sin embargo tanto la Licitación Pública como la Invitación a cuando menos tres personas tienen reglas comunes, tales como:

- Tanto las condiciones contenidas en la convocatoria de la licitación pública y la invitación a cuando menos tres personas, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes, no podrán ser negociadas.
- Ambos procedimientos de contratación inician con la publicación de la convocatoria (en tratándose de licitación pública) y con la invitación que se haga a cuando menos tres personas (en tratándose del procedimiento homónimo); y concluyen con la emisión del fallo o con la cancelación del procedimiento de que se trate.
- Cada licitante sólo podrá presentar una proposición por cada procedimiento de contratación en que participe, y una vez realizada su proposición ya no podrá ser retirada o dejarse sin efectos por ellos mismos.
- Igualdad de requisitos y condiciones requeridas a los participantes, proporcionando igual acceso a la información relacionada con los respectivos procedimientos.
- Posibilidad de que participen observadores, quienes se abstendrán de intervenir en el procedimiento.
- Contra los actos llevados a cabo por la convocante, procede el recurso de inconformidad, mismo que substancia la Secretaría de la Función Pública.

### **Licitación Pública.**

El maestro Jorge Fernández Ruiz, nos ilustra que los principios bajo los cuales se rige la Licitación Pública son el de publicidad, concurrencia, igualdad, competencia y transparencia<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., p. 173.

El principio de publicidad hace alusión a que todo individuo puede hacerse conocedor de la pretensión que tiene el Estado de contratar con una persona indeterminada la compra o arrendamiento de determinado bien o la prestación de determinado servicio.

Por concurrencia entendemos la consecuencia lógica y natural de la publicidad, pues si se hace pública la pretensión estatal de contratar, pueden ocurrir a ese llamado cualquier cantidad de individuos que se muestren interesados en ser el co-contratante del Estado.

La igualdad opera tanto en el llamado que hace el Estado para contratar (convocatoria) como en el procedimiento de selección del co-contratante, toda vez que este principio invita a que todos los interesados en contratar con el Estado sean tratados sin preferencias y evaluados bajo los mismos criterios de acuerdo a las capacidades de cada participante.

Con la igualdad podremos pensar que existirá una competencia sana y leal entre todos los que pretenden contratar con el Estado al momento de hacerle a éste sus respectivas proposiciones.

Entendemos que toda licitación pública debe llevarse a cabo bajo un ambiente de transparencia, que no se preste a favoritismos guiados por intereses económicos de funcionarios públicos poco escrupulosos que rompen con el objeto de los procedimientos de contratación pública, que es precisamente buscar las mejores condiciones para el Estado.

De acuerdo a la Ley en análisis, la licitación pública puede ser de carácter: Nacional, en la cual sólo pueden participar personas de nacionalidad mexicana y los bienes a adquirir tengan un mínimo del 50% de contenido nacional; Internacional bajo la cobertura de Tratados Internacionales, en la que pueden participar tanto personas de nacionalidad mexicana como personas extranjeras con cuyo país de origen se tenga firmado un Tratado de Libre Comercio con capítulo de compras gubernamentales; e Internacional Abierta, en la que pueden participar personas mexicanas como extranjeras sin importar el origen de los

bienes a adquirir, arrendar o los servicios a contratar. Es importante señalar que para que la convocante pueda llevar a cabo una Licitación Pública Internacional Abierta, se debe ubicar en el supuesto de que previamente haya celebrado una Licitación Pública Nacional y la misma se haya declarado desierta, o bien, que así se haya estipulado en el contrato de crédito que el Gobierno Federal hubiese celebrado, cuyo objeto de financiamiento sea la contratación pública.

Aunado a lo anterior, este procedimiento de contratación puede ser presencial, cuando es menester que quienes deseen participar se apersonen en el lugar que determine la convocante; electrónica, cuando la participación se debe realizar a través de medios remotos de comunicación (a través del sistema electrónico de contrataciones públicas, CompraNet); o bien mixta.

La licitación pública se divide en cuatro etapas, las cuales son:

- Publicación de la Convocatoria.
- Junta de Aclaraciones.
- Acto de presentación y apertura de proposiciones.
- Emisión del Fallo.

Como lo señalamos en párrafos anteriores, la licitación pública comienza formalmente con la publicación de la convocatoria, la cual sentará las bases en que se desarrollará el procedimiento y precisará los requisitos de participación. La LAASSP, en su artículo 29 hace un amplio listado de los elementos que deberá contener toda convocatoria, entre los cuales se encuentran: nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante; descripción detallada del objeto y alcance de la licitación; los criterios que se utilizarán para la evaluación de las proposiciones y adjudicación del contrato; los requisitos de participación y las causas expresas de desechamiento que afecten directamente la solvencia de las proposiciones; y modelo del contrato a que en su caso se someterían los participantes.

La publicación de la convocatoria se realizará en CompraNet, cuya obtención es gratuita conforme a lo precisado en el artículo 30 de la LAASSP,

además de que un resumen de la convocatoria será publicado en el Diario Oficial de la Federación, atendiendo al principio de publicidad a que hicimos referencia en líneas anteriores. Dicha convocatoria podrá ser modificada por la convocante siempre que lo haga a más tardar el séptimo día natural previo a la celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, y que dichas modificaciones no tengan por objeto limitar el número de licitantes, en atención al principio de concurrencia.

Posteriormente la entidad o dependencia convocante deberá realizar al menos una junta de aclaraciones, para la cual, la asistencia de los licitantes no es obligatoria. Para que un licitante pueda presentar solicitudes de aclaración, es menester que presenten un escrito en el que manifiesten su interés por participar en la licitación, requisito que a nuestro parecer es ocioso e innecesario ya que si una persona se toma el tiempo de estudiar y analizar una convocatoria para después solicitar aclaraciones, ello es un signo inequívoco de que la persona tiene interés en participar en el procedimiento de contratación, aunado a que en el supuesto de que la simple presentación del aludido escrito no vincula a la persona con la convocante.

En el procedimiento licitatorio pueden existir una o más juntas de aclaraciones, siempre que entre la última de éstas y la celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones medie un plazo mínimo de seis días naturales. De todo lo cuestionado por los licitantes como lo aclarado por la convocante deberá hacerse constar en un acta, y en el supuesto de que en alguna de dichas juntas de aclaraciones se modifique en alguna de sus partes la convocatoria, se entenderá que la mencionada acta formará parte integrante de la convocatoria, teniendo por efecto que los licitantes deban tomarlo en cuenta al momento de realizar sus proposiciones.

Agotada la última junta de aclaraciones, continua el procedimiento con el acto de presentación y apertura de proposiciones, las cuales se deberán entregar en sobre cerrado, tanto la técnica como la económica. Es importante destacar que no es necesario que dos personas (físicas o morales) celebren un contrato de

asociación en el supuesto de que deseen realizar una propuesta conjunta, pues basta con que en su propuesta técnica y económica determinen claramente sus respectivas obligaciones así como la forma en que se les exigiría su cumplimiento, para efectos del procedimiento licitatorio las personas que presenten proposición conjunta deberán designar un representante común, quien concluirá su representación común al momento de la emisión del fallo.

Según el artículo 35 de la LAASSP, una vez recibidas las proposiciones en sobre cerrado se procede a su apertura ante la presencia de todos los licitantes, haciéndose constar la documentación presentada para su evaluación posterior. Todos los documentos integrantes de las proposiciones presentadas deberán ser rubricados tanto por uno de los licitantes (escogido por ellos mismos), como por el servidor público que designe la convocante. De todo lo anterior se levantará un acta en el que se harán constar dichas circunstancias así como el monto total de la propuesta de cada licitante.

Resulta conveniente traer a colación en este punto que la licitación pública contempla una modalidad más para la presentación de las proposiciones, esto con la finalidad de que los licitantes mejoren los precios de sus proposiciones a través de ofertas subsecuentes de descuentos, haciendo así cada vez más llamativa su oferta.

La siguiente etapa del procedimiento es la evaluación por parte de la convocante a las proposiciones técnicas y económicas presentadas por los licitantes, de acuerdo al sistema de evaluación previamente establecido en la convocatoria. Es precisamente en esta etapa del procedimiento donde cobra vida plena, el contenido del artículo 134 constitucional, pues se delega en los servidores públicos encargados de llevarla a cabo la delicada tarea de velar por obtener las mejores condiciones para el Estado, sin mayor retribución a cambio que su sueldo mismo.

Existen tres tipos de evaluación de proposiciones, el sistema de puntos y porcentajes, el sistema de costo beneficio y el criterio de evaluación binaria.

El sistema de puntos y porcentajes es aquel en el que la convocante asigna a cada rubro y subrubro de la convocatoria un valor mínimo y un valor máximo, evaluando en primer plano las proposiciones técnicas de los licitantes; precisando el porcentaje o puntaje mínimo que los concursantes deben obtener en la evaluación técnica para poder pasar a la evaluación económica de sus proposiciones. Además la convocante deberá de precisar la forma en la que los concursantes pueden acreditar los aspectos requeridos en la convocatoria. Señala el párrafo segundo del artículo 52 del Reglamento de la LAASSP, que los rubros y subrubros antes mencionados, así como su ponderación, deberán de fijarse en función de los lineamientos emitidos por la Secretaría de la Función Pública.

A su vez el sistema de costo beneficio, es aquel método de evaluación medible y comprobable que tiene por objeto elegir la proposición con el mayor beneficio neto, el cual se obtendrá de considerar el precio del bien más los conceptos que se hubieren previsto en el criterio de evaluación, tales como: mantenimiento, operación, consumibles, rendimiento u otros elementos vinculados con el factor de la temporalidad o volumen de consumo.

Por su parte el criterio de evaluación binaria es aquel por virtud del cual la dependencia o entidad evalúa las proposiciones presentadas por los concursantes, en razón del precio más bajo que hayan ofertado, toda vez que las características y especificaciones del bien o servicio a contratar se encuentran estandarizados en el mercado.

Por último, una vez realizada la evaluación a las proposiciones, la convocante emitirá un fallo que contendrá la relación de todas las proposiciones que fueron desechadas fundando y motivando el desechamiento, es decir, precisando *“las razones legales, técnicas y económicas que sustentan tal determinación”*, además de señalar de manera fundada y motivada a quién se le adjudica el contrato.

Puede presentarse el supuesto de que derivado de la evaluación de las propuestas, la convocante no declare ganador a ningún licitante en virtud de que

la totalidad de las proposiciones presentadas no reúnen los requisitos solicitados o bien los precios propuestos por los licitantes no resultan aceptables; en tal hipótesis, lo procedente es declarar desierto el procedimiento, para lo cual la convocante cuenta con tres caminos:

- Emitir una segunda convocatoria con los mismos requisitos y el mismo carácter de la primera, lo cual constituiría un nuevo procedimiento.
- Emitir una nueva convocatoria modificando los requisitos o el carácter de la primera, en cuyo caso dará lugar a un nuevo procedimiento.
- Optar por el supuesto de excepción previsto en el artículo 41 fracción VII de la LAASSP, es decir, contratar a través del procedimiento de Invitación a cuando menos tres personas o bien, por medio de adjudicación directa, siempre que se mantengan en dichos procedimientos los requisitos señalados en la convocatoria de la licitación pública, cuyo incumplimiento hubiesen ocasionado el desechamiento de la propuesta.

A grandes rasgos, lo descrito en líneas anteriores constituye el procedimiento de contratación más utilizado en la administración pública federal, de lo cual advertimos que la Licitación Pública constituye una fuente de obligaciones que se asemeja en gran medida a una Declaración unilateral de la voluntad, en su modalidad de concurso con promesa de recompensa, ya que el Estado se obliga a sostener su oferta sin modificarla, hasta en tanto no emita un fallo. No obstante, el artículo 38 de la LAASSP, prevé la figura de la cancelación total del procedimiento licitatorio o de algunas de sus partidas o conceptos por *“caso fortuito; fuerza mayor; existan circunstancias justificadas que extingan la necesidad para adquirir los bienes, arrendamientos o servicios”*; o cuando de continuar con el procedimiento se pueda causar un daño o perjuicio a la dependencia o entidad.

Desde luego que con la cancelación del procedimiento de licitación, va implícita la responsabilidad de la convocante de resarcir los gastos no recuperables que hubiesen llevado a cabo los licitantes y que procedan conforme al Reglamento de la LAASSP, en cuyo artículo 101 determina que dichos gastos

deben ser razonables, comprobados y que se relacionen directamente con la licitación cancelada, limitando su pago al costo de preparación e integración de la proposición; y a los pasajes y hospedaje de la persona que hubiere asistido a los actos del procedimiento licitatorio (juntas de aclaraciones, apertura y presentación de proposiciones y fallo) únicamente en caso de que el concursante no resida en el lugar en que se realice el procedimiento.

### **Invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa.**

La invitación a cuando menos tres personas es un procedimiento de contratación por excepción, por medio del cual la Administración Pública invita a concursar al menos a tres personas, físicas o morales, que cuenten con capacidad de respuesta inmediata y con los recursos técnicos y financieros que la convocante requiera, cuya recompensa para los concursantes que presenten las proposiciones más atractivas para el Estado, será la firma del contrato respectivo por virtud del cual se convertirán en proveedores de la Administración Pública.

Por su parte, la adjudicación directa es un procedimiento de contratación de excepción, por medio del cual la Administración Pública le propone a determinada persona física o moral que sea su co-contratante en la adquisición de bienes, la contratación de servicios o arrendamientos, ello en virtud de que así lo exijan las necesidades del servicio, las condiciones del mercado, o bien así lo permita el monto total que el Estado podría pagar como contraprestación a su co-contratante.

Ambos procedimientos de contratación coinciden en las hipótesis que se deben actualizar para que la Administración Pública opte por uno de ellos. Veamos.

Para que la convocante pueda optar por alguno de estos procedimientos de contratación es indispensable que se encuentre en una de las hipótesis contenidas en el artículo 41 de la LAASSP, entre las cuales están: la exclusividad del bien o el servicio que se pretende adquirir; la escasez de proveedores; la premura

ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor; existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, cuantificados y justificados; el fin de los bienes o servicios sea militar o se encuentre relacionado con la seguridad pública o nacional; rescisión del contrato celebrado como consecuencia de un procedimiento de licitación pública; que previamente se haya declarado desierto un procedimiento de licitación pública; cuando se traten de servicios de consultoría, asesoría, estudios o investigaciones.

Aunado a lo anterior, el artículo 42 de la referida ley, indica un supuesto más de excepción a la licitación pública, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar por Invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa siempre que la contraprestación que el Estado pague al proveedor por la venta o arrendamiento de los bienes o la prestación de los servicios no exceda los montos establecidos en el Anexo 8 del PEF para el ejercicio fiscal 2014; quedando prohibida, desde luego, la fragmentación de los bienes o servicios demandados por la Administración Pública con la finalidad de ubicarse en el supuesto de excepción en mención y sin que la suma de las contraprestaciones pagadas a los proveedores superen el treinta por ciento del presupuesto asignado para adquisiciones, arrendamientos y servicios a la dependencia o entidad de que se trate.

Ahora bien, en lo relativo al procedimiento de la Invitación a cuando menos tres personas se siguen los pasos que a continuación se enuncian:

- La invitación es entregada a cuando menos tres personas que se desee que concursen y que reúnan las condiciones que la propia ley señala (capacidad de respuesta inmediata, recursos técnicos y financieros suficientes para cubrir la demanda del Estado). Dicha invitación debe ser difundida en el sistema electrónico de compras gubernamentales “CompraNet”, así como en la página de internet de la dependencia o entidad de que se trate. Por cuanto hace a los requisitos que debe cubrir la invitación, son aplicables las mismas reglas de la licitación pública para el caso de las convocatorias.

- En caso de que así lo decida la convocante y así lo precise en la invitación, se celebrará el acto de junta de aclaraciones, que pueden ser una o varias.
- Si la convocante eligió no llevar a cabo junta de aclaraciones, se dará cuando menos un plazo de cinco días naturales para la presentación de proposiciones, pudiendo aumentar ese plazo a juicio de la convocante cuando la complejidad para hacer la proposición así lo determine.
- El plazo a que hicimos mención en el párrafo que antecede, se contará a partir de la celebración de la última junta de aclaraciones para el supuesto de que la convocante hubiese elegido llevar a cabo una o más juntas de aclaraciones.
- Para el acto de presentación y apertura de proposiciones también se seguirán las mismas reglas que en la licitación pública, por cuanto hace a la presentación, recepción y evaluación de las proposiciones. Además resulta obligatorio para la dependencia o entidad invitar a dicho acto a un representante de su respectivo Órgano Interno de Control.
- Si bien la invitación para participar en el procedimiento de contratación se debe realizar a cuando menos tres personas, no es óbice para que la Administración Pública declare ganador a determinado concursante, el hecho de que hubieren ocurrido al procedimiento un inferior número de participantes; sólo en un remoto caso y a discrecionalidad de la entidad o dependencia, se podrá declarar desierto el procedimiento, quedando en posibilidad de adjudicar directamente a determinada persona siempre y cuando no se modifiquen los requisitos contenidos en la respectiva invitación.

En relación a la Adjudicación directa el único requisito que la Ley prevé es que la entidad o dependencia se ubique en alguno de los supuestos de excepción previstos en su artículo 41 y que el monto máximo que pagaría al futuro proveedor no excediera los límites establecidos en el PEF.

## **b) Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.**

De conformidad con su artículo primero, la LOPSRM tiene el mismo ámbito de aplicación que la LAASSP, excluyendo de igual forma a las personas de derecho público con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las entidades que cuenten con un régimen específico en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas. De igual forma queda excluido de la aplicación de la ley en comento, todo tipo de obras públicas y servicios relacionados con las mismas de las *empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias*, léase Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad, ello al amparo de la reciente reforma a la LOPSRM publicada el 11 de agosto de 2014, ya que con anterioridad a dicha reforma, la exclusión de la aplicación a la ley era únicamente por cuanto hace a lo relacionado a las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos, no así a todas sus contrataciones.

Asimismo, la contratación de obra pública y servicios relacionados con las mismas entre dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, o de aquellas con dependencias y entidades de la Administración Pública de alguna Entidad Federativa, tampoco estarán sujetas al régimen de la LOPSRM; siempre y cuando la entidad o dependencia obligada a prestar los servicios de obra pública no contrate a un tercero para llevarlos a cabo.

Aunado a lo anterior, las obras que se deban ejecutar para crear la infraestructura necesaria en la prestación de servicios públicos concesionados a particulares, tampoco estarán sujetas por las disposiciones de la referida ley, siempre que dichas obras las lleven a cabo los mismos particulares.

Ahora bien, el objeto de la ley en estudio es reglamentar el artículo 134 constitucional en materia de contrataciones de obras públicas, así como los servicios relacionados con las mismas, entendiéndose por obra pública la construcción, instalación, ampliación, adecuación, remodelación, restauración, conservación, mantenimiento, modificación y demolición de bienes inmuebles,

incluyendo la mantenimiento y restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un bien inmueble, siempre que implique la modificación del inmueble (artículo 3 fracción I LOPSRM).

También es considerado obra pública: los proyectos integrales en que el contratista se obliga a transferir tecnología; los trabajos de exploración, localización y perforación del subsuelo, siempre que no implique extracción de petróleo ni de gas; instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas en la explotación de recursos naturales; la instalación, montaje, colocación, pruebas de operación, aplicación de un bien mueble que deban incorporarse a un bien inmueble, siempre que la convocante proporcione al contratista el bien inmueble, o bien su costo sea menor al del servicio proporcionado por el contratista; los asociados a proyectos de infraestructura agropecuaria e infraestructura que implique inversión a largo plazo y amortización programada, en las que el contratista no sólo se obligue a la construcción de la obra sino también a la puesta en marcha, operación y mantenimiento de la misma (artículo 3 fracciones III a VIII LOPSRM).

La ley en estudio precisa que también reglamentará los servicios relacionados con las obras públicas, los cuales son los servicios que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar, calcular un proyecto de ingeniería básica o cualquiera de sus especialidades, proyectos urbanos, arquitectónicos, de diseño en cualquiera de sus especialidades; así como las investigaciones, estudios, asesorías, y consultorías sobre desarrollo pecuario, hidrología, mecánica de suelos, geología, etc., así como sus estudios económicos, planeación de preinversión, factibilidad; también los trabajos de control y supervisión de obra; dictámenes, peritajes, avalúos, auditorías técnico normativas, etcétera.

La LOPSRM, también contempla los tres procedimientos de contratación previstos en la Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, es decir, la Licitación Pública, Invitación a cuando menos tres personas y Adjudicación Directa. De igual forma, el procedimiento de contratación a utilizar

por regla general será la Licitación Pública, y por excepción la Invitación a cuando menos tres personas y Adjudicación Directa.

### **Licitación Pública.**

En relación a la Licitación Pública, en esencia sigue las mismas reglas que la LAASSP, por lo que en adelante sólo resaltaremos algunos aspectos particulares que son aplicables a la LOPSRM.

La licitación pública en materia de obras públicas puede tener el carácter de nacional, internacional bajo la cobertura de tratados e internacional abierta. Será nacional cuando únicamente puedan participar personas mexicanas cuando no se ubique dentro de los supuestos previstos en los tratados internacionales, o bien cuando se haya hecho la reserva correspondiente. El carácter de una licitación pública será Internacional bajo la cobertura de tratados cuando sea obligatoria la participación de licitantes extranjeros de la nacionalidad que indique el tratado. Será Internacional abierta cuando se permita la participación de licitantes extranjeros de la nacionalidad que fuere, siempre y cuando existan alguna de las siguientes hipótesis:

- Cuando sea conveniente por razones de precio, o bien los contratistas nacionales no cuenten con la capacidad para la ejecución de los trabajos requeridos. Esta circunstancia deberá estar avalada previa investigación de mercado que la convocante haga.
- Cuando en un procedimiento de licitación pública nacional no se presenten proposiciones.
- Cuando así se haya obligado el Gobierno Federal en tratándose de contrataciones financiadas con créditos externos que hubiere contraído.

Es importante señalar que es menester para las Licitaciones Públicas de carácter internacional (ya sea bajo la cobertura de tratados o abierta), que los licitantes incorporen a su fuerza de trabajo al menos un treinta por ciento de mano

de obra mexicana; además de que en las Licitaciones Públicas Internacionales Abiertas puede negarse la participación a determinados contratistas extranjeros cuando su país de origen no conceda un trato recíproco a contratistas, bienes y servicios mexicanos.

El Reglamento de la LOPSRM, en sus artículos 63 a 67, contempla dos mecanismos de evaluación de las proposiciones: el binario y el de puntos y porcentajes, con las particularidades que en adelante mencionaremos.

El mecanismo binario consiste en verificar el cumplimiento de las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante y a partir de ahí determinar la solvencia de la proposición. Este mecanismo sólo puede ser utilizado por la convocante cuando contrate obras y servicios relacionados con las mismas de manera ocasional y no cuente con un área o estructura especializada; o bien cuando el total del monto a contratar no exceda de diez mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal elevado al mes; o bien cuando así lo justifique el área responsable de la contratación en razón de las características, complejidad y magnitud de los trabajos a contratar.

Por su parte el mecanismo de puntos y porcentajes evalúa las proposiciones sumando el total del número de puntos o unidades porcentuales que lleguen a obtener las proposiciones conforme a la puntuación o ponderación establecida en la convocatoria respectiva, y a partir de dicho resultado determinar la solvencia de las proposiciones.

Para este mecanismo es menester que la convocatoria establezca perfectamente los rubros y subrubros de las propuestas técnica y económica, así como la calificación numérica o ponderación asignada a cada rubro y subrubro para que de esa forma, la misma convocatoria precise la calificación mínima de puntaje o el porcentaje mínimo para que la proposición pueda ser considerada solvente. Es importante precisar que dichos rubros y subrubros que deberán constar en la convocatoria, así como su ponderación, serán establecidos por la

convocante conforme a los lineamientos establecidos por la Secretaría de la Función Pública.

Por otra parte, la LOPSRM permite a la convocante solicitar a los licitantes aclaraciones o bien que aporten información adicional para realizar una correcta evaluación de las proposiciones, siempre que no implique alguna alteración a la propuesta técnica o económica del licitante. Para poder llevar a cabo las solicitudes de aclaraciones a los licitantes se debe llevar a cabo el procedimiento previsto en el artículo 66 del Reglamento de la LOPSRM.

Dicho procedimiento inicia con la emisión del escrito dirigido al licitante, acto seguido, la convocante deberá notificar personalmente en el domicilio señalado por aquel o bien a través de CompraNet (previo aviso que se haga al correo electrónico por el proporcionado), debiendo constar fehacientemente en el expediente de contratación la notificación de la solicitud de aclaración al licitante. A partir de la notificación comenzará a correr el plazo para que el licitante realice las aclaraciones o bien entregue la información o documentos solicitados, dicho plazo deberá ser razonable y equitativo.

Si vencido el plazo otorgado por el órgano convocante al licitante, éste no lo atendiere, se procederá a la evaluación de su proposición con la información con que se cuente. Por otro lado, si el licitante atiende la solicitud de aclaración, sus respuestas deberán de ser difundidas en CompraNet.

Aunado a lo anterior, la convocante durante la evaluación de las proposiciones podrá subsanar errores mecanográficos, aritméticos o cualquier otro que no afecte el resultado de la evaluación, puede subsanarlo siempre que ello no implique la modificación de precios unitarios o importes de actividades de obra o servicio a precio alzado.

### **Invitación a cuando menos tres personas y Adjudicación directa.**

De igual manera que en materia de Adquisiciones, estos procedimientos de contratación se aplican por exclusión a la Licitación Pública y en esencia se rigen por las mismas reglas, cuya única diferencia -además de las causales de excepción- radica en que la LOPSRM sí permite al órgano convocante contratar bajo el procedimiento de Invitación a cuando menos tres personas y Adjudicación directa hasta por un porcentaje mayor al del treinta por ciento del presupuesto autorizado para realizar obras y servicios relacionados con las mismas, siempre y cuando el titular de la dependencia o el órgano de gobierno de la entidad de que se trate así lo autorice bajo su responsabilidad, facultad que conforme al artículo 43 *in fine* de la LOPSRM es delegable al oficial mayor o equivalente, lo cual deberá hacerse del conocimiento del Órgano Interno de Control correspondiente.

### **c) Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.**

El tema relativo a la programación y presupuestación del gasto público federal, requiere de una amplia especialización por la complejidad de sus operaciones y por la dimensión del flujo de efectivo que conlleva. Es por ello que en el presente apartado sólo plasmaremos algunas ideas básicas del procedimiento de programación y presupuestación del gasto público federal enfocado a las contrataciones públicas, toda vez que la LFPRH resulta ser reglamentaria de los artículos 126 y 134 constitucionales.

Dicha Ley es aplicable no sólo a la Administración Pública Federal (tanto centralizada como paraestatal, incluyendo a la Presidencia de la República), sino también a los Poderes Legislativo y Judicial Federales, entes autónomos, tribunales administrativos y a la Procuraduría General de la República, denominados “ejecutores de gasto”.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley en comento, en materia de contratación pública, la programación y presupuestación del gasto público comprenderá tanto las actividades que dependencias y entidades realizarán para

alcanzar los objetivos y metas trazados en el Plan Nacional de Desarrollo, así como las previsiones de gasto público para cubrir los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para el adecuado desarrollo de las actividades que llevarán a cabo para la consecución de los referidos objetivos y metas.

Dicha programación y presupuestación será anual, atendiendo al principio contenido en el artículo 126 constitucional, no obstante si derivado de los contratos de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios, los ejecutores del gasto pactan compromisos plurianuales (siempre que se justifique: a) que su celebración representa ventajas económicas; b) que no afecte la competencia económica; c) identifiquen el gasto corriente o de inversión correspondiente; y d) desglose el gasto a precios de los años en que el contrato esté vigente, ello de conformidad con el artículo 50 de la LFPRH), dichos compromisos tendrán preferencia sobre las previsiones ordinarias del gasto.

Todo lo anterior con la finalidad de que el ejercicio del gasto público se administre por resultados relacionados con las metas y objetivos encomendados por el Titular del Ejecutivo Federal a través del Plan Nacional de Desarrollo, pasando a segundo término la austeridad del ejercicio del presupuesto siempre que se justifique en razón del cumplimiento de las metas de los programas aprobados en el Presupuesto de Egresos; a más de que en el supuesto de que los ejecutores del gasto, una vez cumplidas sus metas obtuvieren ahorros presupuestarios, se encuentran obligados por disposición del segundo párrafo del artículo 61 de la LFPRH a destinarlos a sus programas prioritarios.

Por tanto podemos concluir que el ejecutor del gasto más eficaz y eficiente no es aquel que gasta menos<sup>18</sup>, sino lo es aquel que ejerce su presupuesto de tal forma que los resultados que obtenga sean los más apegados a las metas y objetivos a que su dependencia, entidad, ente público o autónomo, que administre, se haya comprometido a través del multicitado Plan Nacional de Desarrollo.

---

<sup>18</sup> Pues en tales circunstancias, estaríamos frente a un panorama de subejercicio del gasto público, que en términos del artículo 2 fracción LII, lo define como *“las disponibilidades presupuestarias que resultan, con base en el calendario de presupuesto, sin cumplir las metas contenidas en los programas o sin contar con el compromiso formal de su ejecución”*.

Bajo este esquema de Responsabilidad Hacendaria en las contrataciones públicas, la LFPRH prevé en su artículo 115 la posibilidad de imponer sanciones o indemnizaciones tanto para servidores públicos ejecutores del gasto, como para los particulares -personas físicas o colectivas de derecho- que causen daño o perjuicio a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de cualquier ente o entidad federativa, o bien reciban un beneficio obtenido indebidamente por acciones u omisiones de las obligaciones previstas en dicha ley, precisándolas en su artículo 114, las cuales van desde un deficiente manejo de la contabilidad, programación y presupuestación del gasto público federal, hasta la distracción de los recursos del mismo.

Por último, debemos subrayar que conforme al artículo 118 de la LFPRH las sanciones e indemnizaciones impuestas al amparo de esta ley, serán independientes de las responsabilidades de carácter político, penal, administrativo o civil a que se hagan acreedores los infractores.

#### **d) Presupuesto de Egresos de la Federación.**

El Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación es el instrumento jurídico que distribuye el gasto neto total que la Federación ejecutará durante el ejercicio fiscal de que se trate, es de suma importancia en tratándose del régimen de contrataciones públicas dado que es por medio de este instrumento que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal se allegan de recursos para poder realizar los procedimientos de contratación previstos en su Plan Anual de Adquisiciones.

Empero este decreto no sólo es aplicable a la esfera jurídica del Poder Ejecutivo, sino también abarca a los Poderes Legislativo y Judicial Federales, a Organismos con autonomía constitucional e incluso a las Entidades Federativas cuando le destine recursos para creación de infraestructura.

Aunado a lo anterior, el Decreto de PEF fija los montos máximos para que los sujetos de las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas, puedan contratar conforme a los procedimientos de Invitación a cuando menos tres personas o bien de Adjudicación Directa, los cuales se consideran sin incluir el Impuesto al Valor Agregado.

Otra de las funciones del PEF es la determinación de las políticas de austeridad, lo cual impacta en el ámbito de las contrataciones públicas pues puede imponer limitantes a determinadas contrataciones, como lo es el caso del artículo 16 fracciones III a VI del Decreto de Presupuestos de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2014, que establece restricciones a la adquisición y arrendamientos de inmuebles, a la remodelación de oficinas públicas, a la adquisición de vehículos y proporciona las bases para la contratación consolidada de materiales, suministros y servicios; con las excepciones y salvedades que en dicha normatividad se indican.

#### **e) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.**

Esta ley atiende a la organización y distribución de competencias de la Administración Pública Federal, tanto descentralizada como paraestatal. En este tenor sienta las bases para la coordinación programática de las Secretarías de Estado, Consejería Jurídica, Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal y Fideicomisos, de conformidad con su artículo 9º, que literalmente señala:

*“Artículo 9o.- Las dependencias y entidades de la Administración Pública Centralizada y Paraestatal conducirán sus actividades en forma programada, con base en las políticas que para el logro de los objetivos y prioridades de la planeación nacional del desarrollo, establezca el Ejecutivo Federal.”*

En esas circunstancias, se pretende que todas las acciones y medidas que tome la Administración Pública Federal, a través de sus diversas dependencias y entidades, se encaminen a la consecución de las metas y objetivos planteados por

el Titular del Poder Ejecutivo Federal mediante el Plan Nacional de Desarrollo contemplado en el artículo 26 constitucional.

Aunado a ello, la LOAPF, por cuanto hace a las directrices bajo las cuales la Administración Pública Paraestatal encaminarán sus esfuerzos, contempla de conformidad con el artículo 48 la figura del agrupamiento por sector en razón del objeto que tenga cada entidad; delegando de esta forma de acuerdo al artículo 49 de la Ley en comento, al Coordinador de Sector la alta responsabilidad de coordinar la programación y presupuestación de las entidades sectorizadas, procurando el más estricto apego al Plan Nacional de Desarrollo, responsabilidad que recae en el Secretario del ramo respectivo. Por lo que la política que asuman las entidades en materia de contrataciones públicas se ve supeditada al consenso razonado que se dé entre la demanda de las necesidades del servicio que tengan encomendado y el apego de dichas necesidades a los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo, en términos de lo dispuesto por el artículo 50 de la LOAPF.

**f) Ley Federal de las Entidades Paraestatales.**

Por disposición del artículo primero de la LFEP, tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y control de las entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, las cuales de conformidad con el artículo 1º segundo párrafo de la LOAPF son 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.

Sin embargo, no todos los organismos descentralizados están sujetos a las disposiciones de la LFEP, pues la misma Ley excluye a las Universidades y demás instituciones de carácter superior a las que la ley otorga autonomía, a los Centros Públicos de Investigación, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a la Procuraduría Agraria, a la Procuraduría Federal del Consumidor, a

la Agencia de Noticias del Estado Mexicano, al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los trabajadores del Estado, al Instituto del Fondo de la Vivienda para los trabajadores, al Instituto de Seguridad social de las Fuerzas Armadas, al Instituto Nacional de las Mujeres, a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, al Banco de México; así como a Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios.

En tratándose de programación y presupuestación, el artículo 8º de la LFEP encomienda a los Secretarios de Estado encargados de la coordinación del sector que representen, coordinar la programación y presupuestación conforme a las asignaciones sectoriales de gasto y financiamiento previamente establecidas y autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el entendido de que las entidades paraestatales gozan de autonomía de gestión para el cabal cumplimiento de su objeto, objetivos y metas asentados en sus programas, conforme al artículo 11 de la LFEP.

En esa tesitura, el artículo 49 de la LFEP obliga a las Entidades Paraestatales a que ajusten sus objetivos a los programas sectoriales que las Coordinadoras de Sector formulen derivados del Plan Nacional de Desarrollo, además de sujetarse a la Ley de Planeación, por obvio de razones al referido plan, así como a las asignaciones de gasto y financiamiento autorizadas.

#### **g) Ley de Planeación.**

Como su nombre lo indica el objeto primordial de esta ley es establecer las normas y principios básicos conforme a los cuales se lleva a cabo el Plan Nacional de Desarrollo, para que de esta manera las acciones que lleve a cabo la Administración Pública Federal se encaucen a la consecución de los objetivos planteados en el referido Plan; razón por la cual el artículo 9º de la Ley de Planeación, obliga tanto a dependencias como a entidades de la Administración Pública Federal, a planear y conducir sus actividades con sujeción a los objetivos y prioridades de la planeación nacional de desarrollo, con la finalidad de que el

mismo sea integral y sustentable, es decir que no dé cabida a acciones aisladas por parte de dependencias y entidades, para así poder lograr un desarrollo armónico y congruente de las actividades públicas.

Bajo ese contexto las dependencias asumirán la responsabilidad de intervenir en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo en el ámbito de sus competencias, además de elaborar el programa sectorial de su ramo previa audiencia que se de a las propuestas presentadas por las entidades, cuya coordinación tenga a su cargo; lo cual se desprende del contenido de los artículos 16 y 17 de la Ley de Planeación.

En materia de programas de planeación, la Ley en estudio contempla cuatro especies de programas, a saber: a) los sectoriales, que conforme al artículo 23 de la Ley de Planeación, hacen referencia a los elaborados por la cabeza de sector y tienen por objeto guiar las actividades de las dependencias sectorizadas; b) los institucionales, que de acuerdo al artículo 24 de la referida ley, se refieren a los programas que cada entidad paraestatal desarrollará de acuerdo a su objeto; c) los regionales, que conforme al artículo 24 de la ley en estudio, son los programas que se enfocan a atender determinada región que rebase el ámbito jurisdiccional de una entidad federativa y que sea considerado prioritario el Plan Nacional de Desarrollo; y, d) los especiales, que de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Planeación, son los que atienden a prioridades establecidas en el Plan o bien a actividades relacionadas con dos o más coordinadoras de sector.

Por último la planeación que lleva a cabo el Ejecutivo Federal no es ajena a la de las Entidades Federativas, toda vez que la misma Ley de Planeación señala que el gobierno federal podrá convenir con los gobiernos de las entidades federativas la coordinación necesaria a fin de que los gobiernos de estas últimas participen en la Planeación Nacional de Desarrollo. Sin embargo es de destacarse que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 32 de la Ley de Planeación, la observancia obligatoria a la totalidad del Plan Nacional de Desarrollo es única y exclusivamente para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y no así para los particulares, ni para los gobiernos locales, quienes

únicamente quedarán obligados en términos de los convenios de coordinación que suscriban, lo cual resulta así en congruencia con el sistema federalista mexicano.

#### **h) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.**

De conformidad con el artículo 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la fiscalización superior de la cuenta pública de la Federación reside esencialmente en la entidad fiscalizadora denominada Auditoría Superior de la Federación, dependiente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, y cuyas funciones de fiscalización son de carácter externo e independientes a las que llevan a cabo los órganos de control interno de los ejecutores del gasto público, tales como la Secretaría de la Función Pública, el Consejo de la Judicatura Federal, Contralorías, etcétera.

La diferencia esencial que radica en las funciones de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación y los órganos de control interno, son el universo a fiscalizar, pues la entidad de fiscalización superior de la Federación se avoca única y exclusivamente a la revisión y evaluación de la Cuenta Pública.

Así pues la Ley de Fiscalización y rendición de cuentas de la Federación, regula las facultades con que cuenta la Auditoría Superior de la Federación y determina los alcances que tendrá la fiscalización de la Cuenta Pública, cuyo objeto fiscalizador de conformidad con el artículo 12 de la referida ley es el siguiente:

- Evaluar los resultados de la gestión financiera. Es decir el apego a las normas jurídicas aplicables en materia de registro y contabilidad gubernamental, contratación de servicios, obra pública, adquisiciones y arrendamientos; así como todo lo concerniente al uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles; y el adecuado ejercicio del gasto público federal.

- Comprobar el apego a la Ley de Ingresos y el PEF.
- Verificar que los objetivos contenidos en los programas sean cumplidos.
- Y si como consecuencia del indebido ejercicio del gasto público se causó un daño o perjuicio en contra de la Hacienda Pública Federal, la determinación de responsabilidades resarcitorias a que hubieren lugar.

La Ley en estudio es aplicable al régimen de contratación pública, ya sea contratación de bienes, arrendamientos o servicios, o bien contratación de obra pública y servicios relacionados con las mismas, toda vez que la Auditoría Superior de la Federación tiene la facultad para verificar todo tipo de obras, bienes adquiridos y servicios contratados, a fin de comprobar que las inversiones y el gasto autorizado a las entidades fiscalizadas se aplicaron legal y eficientemente para alcanzar el cumplimiento de metas y objetivos de los programas. Para efectos de dicha fiscalización la Auditoría Superior de la Federación puede requerir a las personas físicas, morales o cualquier otra entidad o dependencia que hubiere contratado con la entidad o dependencia fiscalizada obras públicas, bienes o servicios, cualquier tipo de documentación justificativa y comprobatoria de la Cuenta Pública con la finalidad de hacer un cruce de información.

Si derivado de las facultades de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación se advirtiera algún daño o perjuicio a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales, dependencias o entidades, dicho organismo fiscalizador podrá: realizar recomendaciones y solicitudes de aclaración, elaborar pliegos de observaciones; hasta promover la intervención de la instancia de control competente, promover el ejercicio de facultades de comprobación fiscal, denuncias de hechos ante la autoridad investigadora penal, denuncias de juicio político o bien promover procedimientos de responsabilidad administrativa resarcitoria.

### **2.3 RÉGIMEN DIFUSO DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL EN EL ESTADO MEXICANO.**

Si bien en el apartado anterior, llevamos a cabo un análisis de la legislación federal aplicable al régimen de contrataciones públicas de la Administración Pública Federal, lo cierto es que con dicho análisis el tema no queda agotado pues no solamente el Poder Ejecutivo lleva a cabo procedimientos de contratación para abastecerse de insumos materiales o servicios, pues los hacen también el Poder Legislativo (conformado por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores), el Poder Judicial de la Federación, los organismos constitucionales autónomos y el caso particular de Petróleos Mexicanos, entidad paraestatal que no obstante que pertenece a la Administración Pública Federal es excluida de la aplicación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la LOPSRM.

#### **a) El Poder Ejecutivo Federal. Administración Pública Federal, centralizada y descentralizada.**

El tema relativo al régimen difuso de la regulación contractual también se infiltra a la Administración Pública Federal, por cuanto hace a la Administración Pública Centralizada no hay mayor inconveniente pues su régimen contractual deriva de la aplicación de las leyes de adquisiciones y obras públicas, las cuales fueron objeto de estudio en los incisos a) y b) del numeral 2 del presente capítulo. Sin embargo es en el recién inaugurado sector de las “empresas productivas del Estado” donde encontramos el primer esparcimiento del régimen contractual, es decir en la Ley de Petróleos Mexicanos.

Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios tienen un régimen contractual singular, pues su sistema de contrataciones públicas se ciñe a lo estipulado en la Ley de Petróleos Mexicanos y a las Disposiciones Administrativas de contratación en materia de adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de Petróleos Mexicanos y

Organismos Subsidiarios publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 2010. No obstante existe una acotación, la aplicación de la citada normatividad es aplicable únicamente a actividades sustantivas de carácter productivo y petroquímica distinta a la básica.

A continuación citaremos los aspectos más relevantes de este régimen difuso:

En principio contempla tres procedimientos de contratación a saber, licitación pública, invitación restringida y adjudicación directa; el primero de ellos es la regla general y por excepción se aplican los restantes dos. La invitación restringida es aplicable para contratar servicios cuyo fin sea crear innovaciones tecnológicas, o se pretenda contratar estudios de ingeniería o consultorías; en cambio la adjudicación directa se llevará a cabo cuando el objeto de la contratación se encuentre vinculado directamente con la remediación de derrames, emisión de gases tóxicos o peligrosos, vertimiento irregular de hidrocarburos o cualquier otro incidente que ponga en riesgo al medio ambiente, la población o a los trabajadores e instalaciones de PEMEX, asimismo, cuando se requieran los servicios de fedatarios públicos, peritos y representación en juicios.

Una de las variaciones más relevantes de la licitación pública regulada por las citadas Disposiciones Administrativas de contratación, es que prevé una etapa de pre calificación de la capacidad técnica y financiera de los concursantes. Dicha etapa se encuentra ubicada entre la Junta de Aclaraciones y el Acto de Presentación y Apertura de proposiciones, y que en caso de recurrir a ella deberá estipularse así desde la convocatoria y las bases de la licitación.

En la etapa de precalificación se toma en cuenta:

- La experiencia y resultados en proyectos de naturaleza y complejidad similar.
- La capacidad técnica y financiera del concursante.
- Antecedentes profesionales del concursante.

- La descripción de otros proyectos en ejecución y comprometidos que pudieran afectar la capacidad de ejecución del concursante respecto del contrato que pretende ganar.
- Capacidad para administrar sus riesgos, así como cualquier otro que se estime pertinente.

Sin embargo, considero que dicha etapa de precalificación no se encuentra justificada, toda vez que los aspectos que se pretenden evaluar mediante la misma son evaluados en un sólo acto conforme al procedimiento previsto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del sector público, así como en el previsto en la LOPSRM.

En relación al procedimiento de Invitación Restringida, la normatividad no establece plazos porque delega dicha facultad a la convocante, únicamente señalándole un principio: que los plazos sean “razonables”.

Aunado a lo anterior, el régimen de contrataciones públicas de Petróleos Mexicanos permite la inclusión de etapas de negociación de precios, misma que es comunicada a los concursantes después del Acto de apertura de proposiciones, se lleva a cabo con todos o con algunos de los concursantes, se realiza de manera separada, lo cual inhibe la transparencia en el procedimiento de contratación en que se aplique.

También es de considerarse que por cuanto hace a las abstenciones para recibir proposiciones, las Disposiciones Administrativas de contratación de Pemex van más allá de las establecidas en la Ley de Adquisiciones y en la de Obras Públicas, pues contempla dicha abstención cuando: los concursantes incumplan con los contratos pendientes de solventar con Pemex o cualquiera de sus organismos subsidiarios; se le hubiere rescindido administrativamente un contrato por parte de algún organismo subsidiario (un año); o el concursante haya cometido robo, fraude, cohecho o tráfico de influencias en contra de Pemex y sus organismos subsidiarios (siempre que haya sido acreditado judicialmente).

## **b) El Poder Legislativo Federal.**

### **Cámara de Diputados.**

Tiene dos normas de observancia general con similitud de procedimientos, por una lado está la Norma de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Cámara de Diputados y la Norma de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas de la Cámara de Diputados (ambas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 15 de febrero de 2006). Como sus respectivos nombres lo indican, cada una regula las contrataciones públicas de la citada Cámara en un ámbito distinto, diferenciando cuándo un servicio estará relacionado con una obra pública con la misma técnica con la que lo hace la LOPSRM; no obstante ni la citada ley, ni la de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del sector público les son aplicables supletoriamente.

Ambas disposiciones normativas de la Cámara le son aplicables a la Mesa Directiva, a los grupos parlamentarios, a la Junta de Coordinación Política, a la Conferencia para la Dirección y Programación de los trabajos legislativos, a las distintas comisiones y comités, a los órganos técnicos, así como a las Unidades Administrativas de la Cámara de Diputados.

De la misma manera, dichas normas contemplan tres procedimientos de contratación, sin embargo se separa del criterio de que la licitación pública es la regla general, pues lo distingue de la siguiente manera:

- **Licitación Pública:** En tratándose de adquisiciones se utilizará este procedimiento de contratación cuando el monto total a contratar supere los 750 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal; en cambio para obras públicas será aplicable la licitación pública cuando el monto total a contratar sea superior a los 900 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal.
- **Concurso por invitación:** Respecto a las adquisiciones se invitarán a cuando menos cinco participantes y siempre que el monto total a contratar sea superior a los 240 días de salario mínimo mensual general vigente en el

Distrito Federal y no rebase los 750 días de salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal. Por cuanto hace a la contratación de obras públicas, se invitarán a cuando menos tres participantes y el monto total a contratar sea superior a 145 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal y no rebase los 900 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal.

- Selección de tres cotizaciones: Es aplicable únicamente para contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios que no estén relacionados con obra pública y si el monto total a contratar es mayor a 120 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal y no sea superior a los 240 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal.
- Adjudicación Directa: Para el rubro de adquisiciones es posible contratar bajo este procedimiento si el monto total a contratar oscila entre un peso y 120 días de salario mínimo mensual general vigente en el Distrito Federal. En relación a las obras públicas será aplicable si el monto total a contratar oscila entre un peso y 145 días de salario mínimo mensual vigente en el Distrito Federal.

Por cuanto hace al desahogo de los procedimientos de contratación antes mencionados siguen el mismo esquema de las leyes de la materia aplicable a la Administración Pública Federal, es decir contemplan una etapa de publicación de la convocatoria (con la salvedad de que las bases de la licitación no son gratuitas), posteriormente se lleva a cabo una o varias Juntas de Aclaraciones si así lo exigen las circunstancias de la licitación (incluso se contempla para las obras públicas visitas a las instalaciones); después se llevan a cabo Actos de presentación y apertura de propuestas, etapa evaluatoria y la emisión del fallo con la respectiva firma del contrato de que se trate.

Por cuanto hace a los métodos de evaluación, ambas normas prevén el criterio de puntos y porcentajes (el cual está prohibido para la contratación de bienes), el sistema de costo-beneficio. Es de señalarse que los métodos de

evaluación no están debidamente regulados, pues las normas en análisis son omisas respecto a la metodología que la convocante deberá de seguir para evaluar las propuestas de los participantes y así optar por la que más conveniencia le resulte al Estado, como lo señala el artículo 134 constitucional.

Si bien en párrafos anteriores señalamos que la normatividad de la Cámara de Diputados se separa del principio de que la Licitación Pública es la regla general de contratación, optando por un criterio que atiende al monto total de la contratación para clasificar y decidir sobre el tipo de procedimiento de contratación que la Cámara utilizará; es de destacar que aún con dicho criterio, la normatividad de la Cámara de Diputados contempla excepciones al procedimiento de contratación pública, los cuales, de acuerdo con el artículo 44 de la Norma de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Cámara de Diputados, y el artículo 39 de la Norma de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas<sup>19</sup> son los siguientes:

1.- Se trate de obras de arte, se requiera de la utilización de patentes, derechos de autor o marcas específicas.

2.- Existan circunstancias que puedan afectar las actividades de la Cámara, o generar costos adicionales.

3.- Comprometa información confidencial para la Cámara.

4.- Se pretenda atender una situación derivada de caso fortuito o fuerza mayor.

5.- Se le hubiere rescindido administrativamente un contrato a un proveedor o se le hubiere cancelado el pedido por causas imputables a él mismo.

6.- Dos licitaciones se hubieren declarado desiertas.

---

<sup>19</sup> Ambas publicadas en el DOF el 15 de febrero de 2006.

7.- En tratándose de contrataciones de bienes y servicios: Se trate de consultorías, asesorías, capacitaciones, estudios; o servicios profesionales prestados por una persona física.

En tratándose de obras públicas y servicios relacionados con las mismas: Se trate de trabajos de mantenimiento, restauración, reparación o demolición en que no se pueda precisar su alcance; o bien, se trate de servicios prestados por una persona física, siempre que ella misma los realice.

8.- El co-contratante esté sujeto a liquidación, disolución o intervención judicial; o bien sea dación en pago Ley Servicio de la Tesorería de la Federación.

9.- Se trate de mantenimiento de bienes que no sea posible precisar su alcance.

10.- La contratación se trate de bienes perecederos, alimentos básicos, procesados o semiprosesados o servicio de alimentación de personas; o bien de servicios de transportación.

11.- En relación a obras públicas y servicios relacionados con las mismas, cuando el contrato no exceda del monto previsto para el concurso por invitación a cuando menos tres participantes o de adjudicación directa, sin que el monto total de dichas obras exceda del 20% del presupuesto destinado para el rubro en cuestión, el cual puede ser modificado por la Junta de Coordinación Política, a discreción.

En relación al régimen de sanciones e infracciones es de resaltarse que la normatividad de la Cámara de Diputados en materia de contrataciones públicas no contempla tales situaciones, no obstante tienen un artículo en virtud del cual la convocante puede abstenerse de recibir proposiciones. En resumen, los supuestos de abstención de proposiciones previstos en el artículo 52 de la Norma de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Cámara de Diputados y 48 de

la Norma de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas de la Cámara de Diputados, se pueden resumir en:

1.- Aquellas en que algún servidor público de la Cámara tenga un interés, sin embargo la disposición es muy vaga, ambigua e imprecisa.

2.- Personas físicas, que participen como tal o como socios o accionistas de personas morales y que al mismo tiempo sean servidores públicos de la Cámara, incluso servidores públicos inhabilitados.

3.- Aquellos participantes que la Cámara le hubiere rescindido más de un contrato o le hubiere cancelado más de un pedido en un lapso de 2 años.

4.- Si el concursante se encuentra en una situación de atraso por causas imputables a él mismo.

5.- Participantes sujetos a concurso mercantil o figura análoga.

6.- Personas morales que presenten propuestas en una misma partida o en el mismo procedimiento (tratándose de obras públicas) y se encuentren ligadas por algún socio en común.

7.- Los que pretendan concursar y previamente hubieren participado en estudios de preparación del mismo procedimiento.

8.- Personas que pretendan ser contratadas para llevar a cabo peritajes que se utilizarán para resolver discrepancias derivadas de contratos en los que sean parte.

9.- Si para participar en el procedimiento de contratación se requiere ser titular de la propiedad intelectual y no se cuenta con dicha titularidad.

10.- Por cuanto hace a adquisiciones de bienes y servicios, se trate de personas infractoras a las disposiciones de la Norma de Adquisiciones, arrendamientos y servicios de la Cámara de diputados; no obstante no señala el plazo durante el cual la convocante se abstendrá de recibir sus

proposiciones, además de que es absurdo contemplar esta hipótesis de abstención si la misma norma no contempla un procedimiento sancionatorio.

11.- Las que hayan utilizado información privilegiada.

12.- Quienes hubieren sido asesorados onerosamente por servidores públicos de la Cámara de Diputados.

13.- Los participantes que hubieren proporcionado información falsa.

14.- En materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, también se abstendrá de recibir proposiciones de concursantes que no hubieren formalizado algún contrato previo o incumplan sus obligaciones y derivado de su incumplimiento hubieren causado un daño a la Cámara.

Por cuanto hace al tema de las penas convencionales, ambas normas de la Cámara de Diputados, precisa que la sumatoria de dichas penas no podrá ser mayor al monto de la garantía de cumplimiento de contrato. Una vez llegado a ese límite máximo, se procede a la rescisión administrativa del contrato, lo cual es un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio ante la Cámara convocante; dicho procedimiento puede interrumpirse (conforme a la Norma de Adquisiciones) o dejarse sin efectos (conforme a la Norma de Obras Públicas) si el proveedor o contratista cumple sus obligaciones antes de que se agote el mismo, aplicándose únicamente la pena convencional correspondiente por el atraso incurrido.

Ambas disposiciones contemplan la figura jurídica de la “Terminación anticipada”, la cual se actualiza por razones de interés general, o bien cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios contratados y que se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se causaría un daño o perjuicio a la Cámara, por último si la Contraloría determina dentro de un procedimiento de inconformidad que alguno o algunos de los actos que dieron vida al contrato de que se trate, estaríamos en un tercer supuesto que actualizaría la terminación anticipada.

Por último, la normatividad en análisis contempla también la figura de la “Suspensión del servicio” (conforme a la Norma de Adquisiciones) y la “Suspensión de los trabajos” (conforme a la Norma de Obras Públicas), la cual se actualiza por presentarse caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso la Cámara sólo pagará los bienes recibidos, los servicios prestados o lo avanzado en la obra por el contratista.

### **Cámara de Senadores.**

A diferencia de la Cámara de Diputados, la de Senadores regula en una sola norma todas las contrataciones que lleva a cabo, a través de las Normas para Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios y Obras Públicas de la Cámara de Senadores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2011, siéndole aplicable supletoriamente el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las referidas normas son aplicables a la Secretaría General de Servicios Administrativos de la Cámara de Senadores, a su Dirección General de Recursos Materiales y Servicios Generales, a todas las Unidades administrativas ejecutoras del gasto, a la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores, a su Junta de Coordinación Política y a su Comisión de Administración.

Si bien la norma en análisis contempla cuatro procedimientos de contratación, a saber, licitación pública, subasta electrónica inversa, procedimiento de invitación y, adjudicación directa; lo cierto es que dicha normatividad induce a que la actuación de los servidores públicos de la Cámara de Senadores viole los principios contenidos en el artículo 134 Constitucional, es decir, asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, toda vez que permite que la mayoría de las contrataciones se realicen a través de Adjudicación Directa.

Para ejemplificar mejor esta situación citaré a continuación el artículo 21 de las referidas normas:

**“Artículo 21.** *Cuando no resulte idóneo celebrar licitación pública o subasta electrónica inversa para asegurar tales condiciones, las adquisiciones, los arrendamientos, la prestación de servicios y la contratación de obras públicas podrán adjudicarse mediante los procedimientos de invitación o adjudicación directa, conforme se establece en cada una de las fracciones relacionadas en este artículo, sin dejar de acreditar las condiciones de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren obtener las mejores condiciones disponibles para la Cámara, en los siguientes casos:*

*I. El monto de la operación se ubique, sin incluir el impuesto al valor agregado, dentro de los rangos determinados anualmente por la Comisión, para adquirir bienes por invitación o adjudicación directa;*

*II. La adquisición y el arrendamiento de bienes, la elaboración de obras de arte y la contratación de servicios de proveedores o prestadores de servicios específicos por las razones siguientes: titularidad de patentes, derechos de autor u otros exclusivos; marca determinada por sus características físicas y técnicas, políticas de estandarización, uniformidad u homogeneidad, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;*

*III. El arrendamiento y subarrendamiento de inmuebles, así como la contratación del servicio de estacionamientos se hará por adjudicación directa;*

*IV. El arrendamiento financiero de bienes, se podrá aplicar indistintamente, el procedimiento de invitación o de adjudicación directa;*

*V. La impresión, edición, coedición de libros y diseño de medios de difusión de los trabajos legislativos que sirvan como apoyo para el trabajo de los Senadores, se podrá hacer por adjudicación directa;*

*VI. La impresión de papelería de uso de legisladores y órganos legislativos, incluida aquella que se solicite para eventos relacionados con actividades legislativas, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;*

*VII. La adquisición de bienes perecederos y alimenticios para apoyo al trabajo legislativo, se podrá realizar por adjudicación directa;*

*VIII. La contratación de servicios de consultoría, asesorías y estudios en materia legislativa, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;*

*IX. Los servicios de traducción simultánea y de documentos para apoyo al trabajo legislativo, se podrá realizar por adjudicación directa;*

**X.** La contratación de servicios profesionales prestados por personas físicas, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa, previa autorización del Secretario;

**XI.** Las contrataciones con Instituciones Públicas e instituciones educativas, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XII.** La supervisión de trabajos de adaptación de inmuebles con el contratista que haya realizado el proyecto ejecutivo, siempre y cuando se demuestren las condiciones de economía, eficacia, eficiencia y honradez, se podrán efectuar por adjudicación directa;

**XIII.** Cuando se realice una licitación pública y sea declarada desierta, la adjudicación se podrá llevar a cabo por el procedimiento de invitación o adjudicación directa, conforme a lo previsto en el artículo 63;

**XIV.** Cuando se realice una invitación y ésta sea declarada desierta, la adjudicación se adjudicará mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XV.** Cuando se hubiere rescindido un contrato, por causas imputables al proveedor o prestador de servicios, u obra pública, podrá adjudicarse al licitante u oferente que hubiere presentado la segunda mejor propuesta, siempre y cuando la diferencia en precio no sea superior al diez por ciento. En caso de que ningún participante se encuentre dentro de dicho rango, la Dirección de Adquisiciones efectuará un análisis respecto de la conveniencia de la adjudicación al segundo lugar aunque no se encuentre dentro del rango antes mencionado; mismo que someterá a consideración de la DGRMSG;

**XVI.** Cuando ocurran circunstancias imprevisibles y en caso de que por cualquier motivo peligre la seguridad de las personas, la seguridad de las instalaciones o la continuidad de las labores de la Cámara, se harán por adjudicación directa los contratos correspondientes;

**XVII.** Cuando se requieran servicios profesionales prestados por personas físicas o morales, con carácter confidencial, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XVIII.** Cuando se requieran bienes, servicios o arrendamientos destinados a cubrir prestaciones laborales, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XIX.** La contratación de hoteles, adquisición de tarjeta IAVE, boletos de avión y los servicios relacionados con éstos o de alimentación y transporte que requieran los Senadores o los servidores públicos de la Cámara, por comisión oficial o para la realización de eventos nacionales o internacionales, foros o reuniones de los Órganos de Gobierno de la Cámara, Comisiones Legislativas y Grupos Parlamentarios, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XX.** Los servicios no onerosos para la Cámara que prestan las agencias de viajes, se adjudicarán mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XXI.** Los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo para los vehículos que integran el parque vehicular de la Cámara y que correspondan al trabajo legislativo y de gestión, serán contratados por adjudicación directa;

**XXII.** Cualquier adquisición, arrendamiento, servicio u obra pública que autoricen los Órganos de Gobierno de la Cámara, se adjudicará mediante el procedimiento de adjudicación directa;

**XXIII.** Cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, se procederá a través de adjudicación directa;

**XXIV.** La contratación de los servicios de telefonía móvil se hará mediante el procedimiento de adjudicación directa; y

**XXV.** Cuando derivado de caso fortuito o fuerza mayor, se requieran bienes o servicios, arrendamientos u obra pública para atender la eventualidad de que se trate, se procederá a través de la adjudicación directa, con quienes garanticen la entrega inmediata de bienes, servicios, el arrendamiento u obras pública a entera satisfacción de la Cámara.

*En los casos establecidos en las fracciones II, XII, XV, XVI, XVII, XVIII, XXIII y XXV la Unidad Solicitante, con apoyo de la Unidad Técnica correspondiente, deberá elaborar un dictamen que fundamente y motive las circunstancias que concurran en cada caso.*

*En todos los casos la Dirección de Adquisiciones deberá informar al Comité trimestralmente de las operaciones realizadas.”*

Aunado a lo anterior, es de peculiar atención señalar que la normatividad en estudio limita la libre participación de concursantes a través de la creación de un filtro de participantes, ya que conforme a su artículo 27, la Cámara de Senadores sólo podrá celebrar contratos con personas físicas o morales que cuenten con registro vigente en el Padrón Electrónico de proveedores, arrendadores, prestadores de servicios y contratistas; el cual será integrado y administrado por la Dirección de Adquisiciones de la Cámara de Senadores. Dicha situación, en la práctica, resulta ser un campo fértil para la corrupción.

En relación a los criterios de evaluación que utilizará la Cámara para calificar las proposiciones de los participantes, es de resaltarse que la normatividad de referencia no regula dichos criterios, pues deja a los servidores públicos de la Cámara dicha potestad, quienes podrán modificar los criterios de

evaluación en cada procedimiento de contratación, ya que sólo basta con que los citen de manera clara y detallada en cada una de las bases que expidan.

Por cuanto hace al régimen sancionador, las normas en estudio no prevén un régimen de infracciones y sanciones, solamente prevén una multa para la persona que promueva inconformidades notoriamente improcedentes; por lo que la abstención para recibir proposiciones, el régimen de terminación anticipada, rescisión y suspensión de los contratos (así como sus penas convencionales) constituyen la única medida coercitiva en contra de los proveedores y contratistas que incumplan sus obligaciones contractuales o las disposiciones contenidas en las normas en cuestión.

La Cámara de Senadores deberá abstenerse de recibir proposiciones o celebrar contratos bajo los siguientes supuestos previstos en el artículo 24 de la normatividad en análisis:

- Si algún servidor público que participe en el procedimiento de contratación tiene algún interés que lo beneficie a él o a su cónyuge, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, o a terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios.
- Si la propuesta proviene de algún servidor público de cualquier ente y nivel de gobierno, ya sea por sí o a través de una persona moral en la que sea socio o accionista.
- Propuestas que se retiren después del acto de presentación y apertura de propuestas. El impedimento durará 2 años contados a partir del día siguiente al que el participante retire su propuesta.
- Participantes que por causas imputables a ellos no hubieren firmado el contrato que hubiesen ganado. El impedimento durará 2 años contados a partir del día en que hubiera vencido el plazo para la firma del contrato.
- Si el participante incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, inclusive si incurrió en retraso. El impedimento durará el tiempo que determine la autoridad competente, no así para la situación de

atraso, en cuyo caso el impedimento desaparecerá en cuanto el proveedor cubra las penas convencionales a que se haga acreedor.

- Cuando al participante que la Cámara de Senadores o alguna Institución Pública le hubiere rescindido en la vía administrativa algún contrato por causas imputables a el contratista o proveedor. Si fue la referida Cámara quien rescindió el contrato la abstención durará dos años contados a partir de la rescisión, si fue alguna otra Institución quien rescindió, la abstención durará el tiempo que ella determine.
- Cuando el participante hubiese proporcionado información falsa o hubieren actuado con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación o de inconformidad; o bien aquellos que hubieren celebrado contratos en contravención al Manual en estudio.
- Cuando el participante sea sujeto a quiebra o concurso mercantil.
- Cuando el participante pertenezca a un grupo empresarial que a su vez se encuentre realizando trabajos de coordinación, supervisión de obra, análisis técnicos, preparación de especificaciones de construcción y asesorías en general para preparar un procedimiento de licitación; o bien lleve a cabo dictámenes, peritajes o avalúos que pretenda dirimir controversias entre alguna empresa de ese grupo empresarial y la Cámara de Senadores.
- Cuando el participante se encuentre inhabilitado para participar en procedimientos de contratación, ya sea por resolución de la Contraloría de la Cámara de Senadores, de la de Diputados, de la Auditoría Superior de la Federación, de la Secretaría de la Función Pública, de las autoridades competentes del Poder Judicial o de las Entidades Federativas y del Distrito Federal.

Por otra parte, procede la terminación anticipada de los contratos cuando sobreviene un caso fortuito o fuerza mayor; o se presentan razones de orden público, interés general, presupuestal, o causas justificadas que extingan la necesidad de adquirir los bienes o la continuación de la prestación de los

servicios; así como cuando lo instruyan así los órganos de gobierno de la Cámara de Senadores.

La rescisión administrativa se actualiza cuando el proveedor o contratista incumple sus obligaciones por negligencia o no ejecuta los trabajos de manera parcial o total por causas imputables a él mismo.

La figura de la suspensión de los trabajos procede en cualquier momento, puede ser total o parcial, y siempre que se actualicen causas justificadas o por razones de interés general; sin que ello implique la terminación anticipada de los trabajos, pues en cuanto desaparezcan las causas que motivaron la suspensión se podrá continuar con la ejecución, sin que ello implique un perjuicio para la Cámara.

Por último, el régimen de las penas convencionales se actualiza si al co-contratante de la Cámara le es negada la prórroga respecto al cumplimiento de los plazos establecidos en el contrato. Dicha pena convencional equivale al monto que resulte de aplicar el 5 al millar diario a la cantidad que importen los bienes pendientes de entrega, los servicios no prestados o los trabajos de obra pública no ejecutados; en cambio si el incumplimiento es total, la pena convencional será el equivalente al 15% de la contraprestación que la Cámara se hubiere obligado a pagar al co-contratante.

Cabe señalar que la aplicación de las penas convencionales no es excluyente de la rescisión administrativa del contrato.

### **c) El Poder Judicial de la Federación.**

#### **Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

El régimen difuso de las contrataciones públicas también alcanza al Poder Judicial Federal, toda vez que no se rige por la legislación federal aplicable a la

Administración Pública, sino que le es aplicable el Acuerdo General de Administración VI/2008, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de noviembre de 2008, emitido por el Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe resaltar que dicha normatividad no le es aplicable al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no obstante que forme parte de la estructura orgánica del último mencionado, dicha regulación se abordará en un subtema diverso.

Por tanto el Acuerdo General de Administración VI/2008 únicamente es aplicable para las contrataciones que lleve a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Unión para comprar bienes, arrendar servicios o contratar obra pública y servicios relacionados con las mismas, que sean destinados para cubrir las necesidades del Pleno, sus Salas, el Consejo de la Judicatura Federal, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, así como los Juzgados de Distrito.

El criterio que se utiliza para decidir acerca del procedimiento de contratación a elegir, obedece a la cuantía del costo estimado de los bienes a comprar o servicios a contratar. Se considera como **contratación superior** cuando el monto de su costo estimado sea mayor a 600,000 UDIS (Unidades de Inversión); **contratación intermedia** cuando sea superior a 290,000 UDIS pero no exceda las 600,000; **contratación inferior** cuando sea superior a las 75,000 UDIS pero no supere las 290,000 UDIS; **contratación menor** cuando su autorización corresponda a los Directores de Área y no exceda las 75,000 UDIS para obras públicas y de 30,000 UDIS tratándose de adquisición de bienes; **contratación mínima** cuando su autorización corresponda a los Directores de Área competentes y el monto no rebase de las 25,000 UDIS. Si el monto corresponde hasta 5,000 UDIS se exceptúa todo tipo de procedimiento de contratación y se paga con el fondo revolvente.

La normatividad en estudio contempla como procedimientos de contratación los siguientes: a) licitación pública (contratación superior); b) concurso por

invitación pública (contratación intermedia); c) concurso por invitación restringida (contratación intermedia); d) concurso público sumario (contratación inferior y menor); y e) adjudicación directa (contratación mínima).

Lo anterior sin dejar de lado la contratación urgente y la contratación especial, cuyos supuestos giran en torno a la atención de situaciones imprevistas, fuerza mayor, caso fortuito y seguridad -para el caso de la primera- y en razón de las características particularísimas que deberán reunir los bienes a adquirir, la exclusividad de derechos, si son servicios de hospedaje, insumos de alimentos para comedores, equipo de cómputo, material bibliohemerográfico con el editor o distribuidor exclusivo de libros extranjeros, entre otros.

Por cuanto hace al poder sancionador de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es preciso hacer notar que el Acuerdo General de Administración VI/2008 no contempla un capítulo específico para regular algún tipo de procedimiento administrativo seguido en forma de juicio cuya finalidad sea sancionar a participantes en procedimientos de contratación o bien a proveedores de bienes y servicios. Ello es así dado que se limita a descalificar a los participantes a quienes se compruebe alguna concertación para elevar los costos de determinadas propuestas, con la finalidad de que uno de ellos obtenga ventaja sobre los demás (artículo 46); o bien si se acredita que algún participante se condujo con falsedad, de igual forma será descalificado.

Existen consecuencias perjudiciales para los participantes que, por ejemplo, incumplan con la cotización presentada a la Suprema Corte en un procedimiento de concurso por invitación, quienes no podrán participar durante un año en ningún otro procedimiento de contratación convocado por dicho Tribunal, no obstante no implica una sanción administrativa en sí misma.

Es de hacer notar el capítulo de penas convencionales, contenidas en el artículo 167 del Acuerdo General en estudio, las cuales no representan un poder sancionador en sí mismo, sino un acuerdo de voluntades entre el contratista y la

Suprema Corte de Justicia sobre las penalizaciones en que incurrirían las partes a causa del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en el contrato.

Por último, el Acuerdo General de Administración VI-2008, prevé la implementación de Catálogos Referenciales en los que se registrarán las personas físicas y colectivas de derecho que cuenten con la capacidad legal, financiera, fiscal, humana y material para poder ofertar sus bienes y servicios a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo cual implica, desde luego, la anotación de las sanciones a que se hayan hecho acreedores los proveedores y contratistas con motivo del incumplimiento de sus obligaciones.

En este rubro, el multicitado Acuerdo contempla la figura denominada “Declaración de Impedimento”, la cual consiste en una Inhabilitación administrativa que impide a la persona física o colectiva de derecho participar en los procedimientos de contratación a que convoque la Suprema Corte, previo procedimiento administrativo que respete su garantía de audiencia. La Declaración de Impedimento encuentra sus causales de actualización en la fracción V del artículo 48 del Acuerdo General de Administración en análisis, entre las cuales se encuentran:

- Cuando a juicio de la Suprema Corte, se advierta que acordaron con otros participantes fijar los precios de los bienes o servicios requeridos.
- Cuando el participante presente información falsa.
- Cuando actúen con dolo o mala fe en el procedimiento de contratación, en la celebración o vigencia del contrato, o bien en el procedimiento de Inconformidad.
- Cuando el participante contrate directamente o a través de interpósita persona los servicios de asesoría en materia de contrataciones gubernamentales, con algún servidor público.
- Cuando el participante hubiere utilizado información privilegiada proporcionada indebidamente por servidores públicos.

La Declaración de Impedimento puede ser impuesta por un plazo mínimo de 3 meses hasta un plazo máximo de 5 años, en función de la gravedad y el daño que hubiere causado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la conducta reprochada.

### **Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.**

Este órgano jurisdiccional, a su vez, cuenta con su propia normatividad en materia de contrataciones públicas, no obstante sigue el mismo esquema planteado en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la LOPSRM, apartándose así en gran medida de los criterios regulados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su normatividad respectiva.

En efecto el Tribunal electoral emitió su propia normatividad a través de su Comisión de Administración, la cual está contenida en el Acuerdo General que regula los procedimientos de adquisición, arrendamiento de bienes muebles, prestación de servicios, obra pública y los servicios relacionados con la misma, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2010.

Al respecto no hay mucho que profundizar -pues se insiste- establece un sistema de contrataciones muy semejante al de la Administración Pública Federal, ya que contempla a la licitación pública como el procedimiento de contratación que se debe aplicar por regla general, y por excepción se aplicará el procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores o contratistas, o bien se contratará de manera directa. El criterio para determinar qué procedimiento de contratación se aplicará, se delega anualmente a la Comisión de Administración del mismo Tribunal, por lo que no existe una regla estable y transparente que determine tales condiciones.

Existen algunas peculiaridades sobre el procedimiento administrativo de contratación como:

- Las bases pueden tener un costo.
- Los participantes deben inscribirse para poder participar en el procedimiento.
- En la licitación pública se puede declarar ganador a la segunda mejor propuesta, siempre que el licitante ganador no sostuviere su oferta.

Por cuanto hace al poder sancionador del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el mismo contempla la figura de la “Declaración de Impedimento para contratar” inspirada en el Acuerdo General de Administración VI/2008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Encuentra la fundamentación de sus causales en la fracción IV del artículo 77 del Acuerdo de la materia emitido por el Tribunal Electoral, determinando que el plazo de inhabilitación no será menor de tres meses, ni mayor de cinco años; las hipótesis son las siguientes:

- Cuando se advierta que para efectos de presentar su propuesta acordó con otros participantes fijar los precios.
- Por proporcionar información falsa.
- Si el licitante no formalizó el contrato por causas imputables a él.
- Cuando el contratista cause daños o perjuicios al Poder Judicial de la Federación con motivo de incumplimiento a sus obligaciones.
- Actuar con dolo o mala fe en el procedimiento de contratación, en la celebración del contrato, durante su vigencia o en la presentación o desahogo de un recurso de inconformidad.
- Si el proveedor o contratista o prestador del servicio contrató servicios de asesoría en materia de compras gubernamentales, y se comprueba que todo o parte de la contraprestación pagada al asesor fue recibida a su vez por servidores públicos.

- Haber utilizado información privilegiada proporcionada indebidamente por servidores públicos o sus familiares.

Por último, es de resaltar que el procedimiento para la declaración de impedimento para contratar, conforme al artículo 78 de la normatividad en análisis, no es ventilado ante la Contraloría del Tribunal (encargada de ejercer facultades de control y vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones de la materia), sino por el Área Jurídica del Tribunal (Coordinación de Asuntos Jurídicos) y resuelto por la Comisión de Administración del mismo Tribunal.

#### **d) Organismos Constitucionales Autónomos.**

Conforme avanzamos en la exposición del régimen difuso de la regulación contractual en el Estado mexicano, vamos encontrando un sinnúmero de ramificaciones normativas en materia de contrataciones públicas. En este apartado comentaremos la normatividad aplicable al Banco de México, al Instituto Nacional Electoral y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como organismos dotados de autonomía por la Carta Magna.

##### **Banco de México.**

La normatividad aplicable a este organismo es expedida por su Junta de Gobierno con fundamento en el artículo 46, fracciones XI y XII, y 57 de la Ley del Banco de México; se divide en Normas en materia de Adquisiciones y Arrendamientos, y en materia de Obra Inmobiliaria.

Las “Normas del Banco de México en materia de Adquisiciones y Arrendamientos de bienes muebles, así como de servicios” y las “Normas del Banco de México en materia de obra inmobiliaria y servicios relacionados con la misma” contemplan cuatro procedimientos de contratación: Licitación Pública,

Invitación a cuando menos tres personas, Adjudicación Directa por materia y Adjudicación Directa por monto. Los primeros dos procedimientos se asemejan mucho a los regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, ambos procedimientos comienzan con la publicación de la convocatoria o entrega de la primer invitación y concluyen con la emisión del fallo o cancelación del procedimiento. Asimismo ambos procedimientos son muy semejantes en cuanto se refiere a plazos, requisitos que deben contener las convocatorias, criterios de evaluación, causales para declarar desierto el procedimiento o bien cancelarlo, así como los supuestos de excepción para llevar a cabo licitación pública.

Aunado a lo anterior, la Dirección General de Administración puede autorizar la contratación de bienes que no excedan los montos contemplados en la fracción IV del artículo 57 de la Ley del Banco de México con cargo a los fondos fijos de la “caja chica”, sin que esas contrataciones se apeguen a las normas establecidas por la Junta de Gobierno del referido organismo.

Por último, en relación a las sanciones que el Banco de México puede imponer a los licitantes -independientemente de las penas convencionales pactadas- la normatividad en estudio contempla el procedimiento de Rescisión Administrativa del contrato celebrado, siempre que el entonces proveedor incumpla con sus obligaciones contractuales.

No obstante el Banco de México también puede imponer sanciones a los licitantes o proveedores, por infracciones a las disposiciones emitidas por el propio Banco de México; para lo cual la normatividad refiere al capítulo respectivo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la LOPSRM -respectivamente- señalando expresamente que el procedimiento será desahogado conforme a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y no conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo como lo dispone las referidas Leyes de Adquisiciones y de Obras Públicas aplicables a la Administración Pública Federal.

## **Instituto Nacional Electoral.**

Mediante Acuerdos del Consejo General del entonces Instituto Federal Electoral de fecha 19 de diciembre de 2009, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 2010, se expidieron los Reglamentos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios; y en materia de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas. Mismos que se encuentran plenamente vigente de conformidad con el artículo 6° transitorio de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada el 23 de mayo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación.

Dicha normatividad fue expedida con sustento en la autonomía constitucional con la que cuenta el entonces Instituto Federal Electoral en el artículo 41 base V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene como finalidad reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Carta Magna por cuanto hace al referido Instituto, hoy Instituto Nacional Electoral.

Ambos Reglamentos son prácticamente una copia de la legislación federal aplicable a la Administración Pública, contempla los mismos procedimientos de contratación, los cuales son muy semejantes en cuanto a plazos, etapas procedimentales, requisitos y supuestos de excepción.

Es importante destacar que -a semejanza del Banco de México, el Poder Judicial Federal y la Cámara de Senadores- el Instituto Nacional Electoral se abstiene de recibir proposiciones o declarar ganador a algún licitante que se encuentre inhabilitado por la Secretaría de la Función Pública.

En el ámbito de las sanciones, el Instituto Nacional Electoral prevé multas que van de 50 a 1000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, elevado al mes, además de la inhabilitación (de un mes a cinco años) para participar en los procedimientos de contratación convocados por el Instituto - para el caso de infracciones al Reglamento de Adquisiciones- y de 10 a 1000 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, elevado al mes, además de la inhabilitación (de un mes a cinco años) para participar en los

procedimientos de contratación convocados por el Instituto -para el caso de infracciones al Reglamento de Obras Públicas- siendo que sendos Reglamentos regulan el procedimiento sancionador seguido en forma de juicio.

Sin embargo, dichas sanciones no surten efectos ante las convocatorias emitidas por otros órganos del Estado Mexicano.

### **Comisión Nacional de los Derechos Humanos.**

Por principio de cuentas, a la CNDH no le es aplicable ni la LAASSP, ni la LOPSRM, derivado de la autonomía constitucional de la que goza. Sin embargo, mediante el “Acuerdo del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por el cual se dan a conocer las especificidades en la aplicación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del sector público y de la Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas en esta Comisión Nacional, y por el que se modifican las Políticas, Bases y Lineamientos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que han sido sometidas a su consideración”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de octubre de 2009, el Titular de aquel organismo sometió a dicho organismo a la obligatoriedad en la aplicación de los criterios y procedimientos previstos en la LAASSP y la LOPSRM.

Cabe precisar que en el referido Acuerdo, el presidente de la CNDH, adapta al régimen jurídico de dicha comisión determinadas instituciones en materia de contrataciones públicas previstas en las leyes antes citadas, tales como la integración y equiparación de niveles de los servidores públicos de los Comités de Adquisiciones y Obras, el reglamento de la LAASSP es suplido por las Políticas, Bases y Lineamientos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la CNDH, entre otros.

En otro orden de ideas, se puede traer a colación otros regímenes de contratación, como el aplicable a las Universidades Autónomas, quienes tienen

sus propios ordenamientos jurídicos internos, mediante los cuales regulan los procedimientos de contratación pública.

**e) Nivel Estatal. Distrito Federal y Estado de México.**

**Distrito Federal.**

La legislación de aplicable a la Administración Pública del Distrito Federal (y que sirve como referente para la normatividad del Poder Legislativo y Judicial de la misma entidad federativa) sigue la misma tesitura de la legislación federal en materia de contrataciones públicas, adoptando los mismos procedimientos de contratación antes analizados, así como plazos, condiciones, requisitos y procesos muy similares.

En lo tocante al régimen sancionador, se prevé la figura jurídica de la “declaratoria de impedimento” para contratar con determinada persona física o moral en un plazo de uno a tres años -en tratándose de adquisiciones de bienes y servicios- y de seis meses a dos años -en relación a la contratación de obra pública- lo anterior, previo procedimiento administrativo sancionatorio. Aunado a ello la ley local reconoce las sanciones impuestas por la autoridad federal, estatal y municipal; ya que imposibilita a sus dependencias y entidades reguladas a abstenerse de recibir propuestas de participantes sancionados por la Secretaría de la Función Pública o las Contralorías estatales o municipales que correspondan.

Es importante destacar que la “declaratoria de impedimento” es la única sanción administrativa contemplada en la ley por infracciones a su incumplimiento.

**Estado de México.**

La normatividad que regula las contrataciones públicas en el Estado de México y sus municipios se encuentra contemplada en el Código Administrativo

del Estado de México, específicamente en sus libros décimo segundo, décimo tercero y décimo sexto.

Por cuanto hace al régimen de infracciones administrativas a licitantes, contratistas y proveedores, encontramos que en relación a Obra Pública no existe un régimen sancionador tal cual (como ocurre en el ámbito federal) en el que la Administración Pública en ejercicio de su poder sancionador castigue al licitante o contratista por incumplimiento a las disposiciones relativas a la licitación pública o ejecución del contrato ganado; simplemente el libro décimo segundo del Código Administrativo del Código Administrativo del Estado de México se limita a establecer penas contractuales, así como rescisión del contrato o terminación anticipada. Asimismo establece causales poco rígidas para que la dependencia o entidad convocante se abstenga de recibir proposiciones, sin que impida contratar con licitantes que hubieren sido inhabilitados por la Federación o alguna Entidad Federativa.

El libro décimo tercero del ordenamiento en análisis regula la planeación, programación, presupuestación y contratación de servicios y adjudicación de bienes; dicho libro ya contempla sanciones económicas a los licitantes o proveedores que infrinjan sus disposiciones con multa que podría ir de treinta a tres mil veces el salario mínimo vigente en la capital del Estado de México, sanción de la cual es competente para conocer la Secretaría de Finanzas del entidad federativa.

Por último el libro décimo sexto del Código Administrativo del Estado de México regula las contrataciones que sus entidades y dependencias lleven a cabo con un proveedor, para que éste se obligue a prestar a la población uno o más servicios públicos incluyendo, sin limitar, el diseño, disponibilidad de espacios, operación, mantenimiento y administración de bienes propiedad de una entidad o dependencia del Estado de México, durante un plazo mínimo de cinco años, a cambio de una contraprestación pagadera por la entidad o dependencia contratante.

Cabe destacar que el libro en análisis es el único que reconoce parcialmente la potestad sancionadora de la Federación y Entidades Federativas al obligar a las dependencias y entidades del Estado de México a abstenerse de recibir proposiciones de licitantes que les hubieren sido rescindido un contrato de obra pública o servicios relacionados, por causas imputables a ellos.

Asimismo contempla sanciones administrativas para aquellos licitantes y contratistas que infrinjan las disposiciones del referido libro; tales como, sanción económica de cincuenta a mil veces el salario mínimo vigente en la capital del Estado, además de inhabilitación para poder participar en procedimientos de contratación de proyectos o celebrar contratos con la Administración Pública del Estado de México por un plazo de tres meses a cinco años.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL PODER SANCIONADOR DEL ESTADO MEXICANO EN SUS CONTRATACIONES**

El tema de las contrataciones públicas del Estado mexicano es sumamente amplio, incluso es aún más complejo que la contratación civil dado que una de las partes involucradas (un órgano del estado) se encuentra en una situación de superioridad, de supra-subordinación, con respecto a su co-contratante; además de que en las contrataciones públicas se preferirán siempre las mejores condiciones para el Estado y tendrán cabida los hechos del príncipe y cláusulas exorbitantes.

Aunado a ello, el Estado mexicano no sólo cuenta con medios contractuales -como penas convencionales y acciones de índole administrativa- para asegurar el cumplimiento del contrato, ya que tiene potestad para sancionar en la vía administrativa y penal al contratista o proveedor, que incurra en determinadas conductas nocivas para el funcionamiento debido del órgano estatal.

Expuesto lo anterior, podemos advertir que las relaciones contractuales del Estado mexicano tienen una integración tripartita, esto es, de Derecho Civil, Administrativo y Penal. Dada esta circunstancia, para poder analizar de mejor forma el poder sancionador del Estado mexicano en las contrataciones públicas es menester hacer un breve remembranza sobre conceptos básicos de derecho civil, administrativo y penal relacionados con el tema objeto del presente trabajo.

### **3.1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTRATO, CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU NATURALEZA JURÍDICA.**

#### **a) Contrato Civil.**

Conforme a la teoría civilista, según la definición de Colin et Capitant “el contrato o convenio es un acuerdo de voluntades en vista de producir efectos jurídicos”<sup>20</sup>. El Código Civil Federal plantea en su artículo 1793 que el contrato, es el convenio que produce o transfiere las obligaciones y derechos”; siendo el contrato una especie del género “convenio”, dado que conforme al artículo 1792 del mismo ordenamiento legal, se define que el convenio es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.

No obstante para el maestro Ramón Sánchez Medal, la anterior distinción no tiene fines prácticos, dado que nuestro Código Civil en su artículo 1859 hace aplicables las reglas generales de los contratos a los convenios.

Los contratos civiles tienen diferentes clases de elementos -que algunos autores dividen en “elementos de existencia” y elementos de validez, otros más los dividen en elementos personales, reales y formales- nosotros por nuestra parte expondremos la clasificación que hace el maestro José Luis de la Peza Muñoz Cano<sup>21</sup>, quien distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

- **Elementos esenciales del contrato civil.**

Son aquellos elementos que si no se llegaren a satisfacer el contrato civil no puede existir. Dichos elementos son el consentimiento y el objeto.

#### **Consentimiento.**

---

<sup>20</sup> Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006, p. 111.

<sup>21</sup> De La Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las obligaciones*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

Se define al consentimiento en el contrato como el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, *“es la esencia misma de este acto jurídico”*<sup>22</sup>. La formación del consentimiento consta de una oferta seguida de su aceptación, o bien de la oferta-negociación-aceptación de la oferta modificada; procesos en los que el silencio no dice nada, es decir, no se puede hablar de afirmativa o negativa ficta.

También debemos traer a colación las formas de expresar el consentimiento, el cual -conforme al artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal- puede ser expreso<sup>23</sup> o tácito<sup>24</sup>. Sin embargo, precisa el maestro De la Peza<sup>25</sup>, que no hay que confundir el silencio con el consentimiento tácito, ya que el primero implica la no exteriorización de voluntad alguna respecto de la contratación, y el segundo resulta de hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo.

Por su parte, el consentimiento requiere haberse otorgado en un escenario que cumpla ciertos requisitos para que el mismo sea eficaz, los cuales constan de: la capacidad de los contratantes, la ausencia de vicios y la forma de manifestarse (cuando así es exigido por la ley).

**La capacidad de los contratantes** como requisito para que el consentimiento sea considerado eficaz es la aptitud intrínseca de una persona para dar vida a actos jurídicos<sup>26</sup>. Siendo que por principio de cuentas, toda

---

<sup>22</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>23</sup> Cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

<sup>24</sup> Cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos.

<sup>25</sup> Ibidem, p.35.

<sup>26</sup> **CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN. DIFERENCIAS.**

La distinción entre capacidad y legitimación se establece con toda evidencia: capacidad es la aptitud intrínseca de una persona para dar vida a actos jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir actos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra con éste. Hay que ver en la capacidad la idoneidad de la persona para el acto jurídico, con independencia de una relación del sujeto con el objeto del acto. En la legitimación, la idoneidad de la persona para el acto, resultante de una particular relación del sujeto con el objeto del acto mismo. Así, por ejemplo cuando se dice que el menor de edad no puede realizar negocios jurídicos, se resuelve un problema de capacidad, cuando se dice que el tutor no puede ser adquirente de los bienes confiados a su gestión, se resuelve un problema de legitimación.

#### **TERCERA SALA**

Amparo directo 3840/71. José Antonio Lammoglia Aranda. 29 de marzo de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López.

persona es capaz de contratar y obligarse, salvo que se encuentre en uno de los supuestos de incapacidad que expresamente establezca la ley; distinguiéndose entre capacidad (hipótesis contenidas en el artículo 450 del Código Civil Federal) y legitimación, que se define como la aptitud para hacer surgir actos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra con respecto del objeto; por ejemplo, un extranjero es capaz de ser comprador de cualquier inmueble dentro de la República mexicana, excepto si el inmueble se encuentra ubicado en la zona restringida por el artículo 27 constitucional, por lo que dicho extranjero no es incapaz de ser comprador respecto de dichos inmuebles sino carece de legitimación para serlo, su capacidad no la ha perdido.

**La ausencia de vicios** en el consentimiento es un segundo requisito para que éste sea eficaz y consiste en que el mismo sea otorgado en forma consciente, libre y en igualdad de circunstancias<sup>27</sup>; por lo que si existe error<sup>28</sup>, dolo<sup>29</sup>, violencia o intimidación<sup>30</sup>, o bien lesión<sup>31</sup>, el consentimiento se entiende viciado y como consecuencia el contrato sería inexistente.

**La formalidad** cuando así es exigido por la ley es un requisito para el mismo sea eficaz, ya que de omitirse dicha formalidad se daría lugar a que el contrato pudiera ser impugnado de nulidad relativa.

## **Objeto.**

---

<sup>27</sup> De La Peza Muñoz Cano, José Luis, *op. cit.* p. 37.

<sup>28</sup> Por error se entiende la opinión subjetiva alejada de la realidad; siendo que existen cuatro clases de errores: i) el error obstáculo, que se actualiza cuando existe error sobre la identidad de la cosa, la naturaleza del contrato, o la identidad de la persona en los contratos *intuitu personae*; ii) error nulidad, que se actualiza cuando hay error en las cualidades esenciales de la cosa o bien sobre el motivo determinante que se tuvo para contratar siempre que así se declare en el acto de la celebración; iii) el error indiferente, que no afecta la validez del contrato dado que si bien se contrata en condiciones desfavorables de las que se pensó, pero no al extremo de que de haberse conocido la realidad no se hubiere contratado; iv) error rectificable, el cual da lugar a una corrección o enmienda posterior.

<sup>29</sup> Dolo: Conforme al artículo 1815 del Código Civil Federal es cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y para lo cual debe afectar la causa determinante del consentimiento.

<sup>30</sup> El maestro De la Peza Muñoz explica que existen dos tipos de violencia: i) vis absoluta, que es una fuerza exterior e irresistible que suprime la voluntad; y, ii) vis compulsiva, que es la intimidación, que provoca un proceso psicológico en quien la sufre, el cual siente la imperiosa necesidad de evadir un grave mal mediante la realización de un acto jurídico que no hubiera consentido si obrara con libertad.

<sup>31</sup> En la misma tesitura del maestro De la Peza Muñoz, es la constatación de un hecho consistente en la desigualdad de las partes, en determinadas ocasiones, que colocan en entredicho el principio de supremacía de la voluntad.

El objeto como elemento esencial del contrato es el contenido de la prestación que el deudor debe dar al acreedor, es decir, la cosa que el deudor debe dar o el hecho que el mismo debe hacer o no hacer<sup>32</sup>.

Asimismo, el objeto requiere cumplimentar de ciertos requisitos para que éste sea eficaz y por ende el contrato, los cuales son: *i*) que el objeto sea posible física y jurídicamente, *ii*) que sea lícito, *iii*) que sea determinado o determinable, y, *iv*) que sea estimable en dinero.

- **Elementos naturales del contrato.**

Según el maestro Sánchez Medal<sup>33</sup>, los elementos naturales o cláusulas del contrato son aquellos que normalmente acompañan al contrato de que se trata por ser propios de su naturaleza, especie o tipo.

- **Elementos accidentales.**

Son elementos circunstanciales, pactos adicionales, modalidades que no corresponden a la naturaleza del contrato en que son agregados, siendo que la única razón de ser de estos elementos es la voluntad de las partes<sup>34</sup>.

Aunado a lo anterior, es menester traer a colación la conceptualización de la causa, motivo y fin de los contratos civiles. En razón de ello, se entenderá por causa la razón de derecho por la que los contratantes se obligan, es decir, es el elemento que el Derecho considera justo para respaldar la obligación.

Por otra parte, el motivo consiste en lo que mueve a cada una de las partes para contratar, reviste un carácter meramente subjetivo y variable en razón de esa subjetividad<sup>35</sup>. Asimismo el fin, se encuentra íntimamente relacionado con el motivo, y consiste en lo que se propone conseguir cada uno de los contratantes con la celebración del contrato.

---

<sup>32</sup> También existe la clasificación del objeto del contrato en directo e indirecto, en la que el objeto directo del contrato es la creación o transmisión de derechos y obligaciones, y el objeto indirecto es la cosa, el hecho o la abstención, en palabras del maestro De la Peza Muñoz.

<sup>33</sup> Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 22ª ed., México, Editorial Porrúa, 2007, p. 27.

<sup>34</sup> De La Peza Muñoz Cano, José Luis, *op. cit.* p. 52.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 54.

Lo anterior sin perder de vista que la causa, motivo o fin de los contratos civiles deben ser lícitos, por así disponerlo el artículo 1831 del Código Civil Federal.

#### **b) Contrato Administrativo.**

De conformidad con el maestro Jorge Fernández Ruiz, el contrato administrativo *“es aquel celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de su función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado”*<sup>36</sup>.

Antes de analizar los elementos y requisitos del contrato administrativo, es necesario enunciar ciertas características del contrato administrativo (cualidades esenciales que peculiarizan los contratos administrativos), los cuales expongo a continuación<sup>37</sup>:

- **Juridicidad.**

Todo contrato administrativo es un acto jurídico dado que tiene por objeto crear o transferir derechos y obligaciones.

- **Bilateralidad.**

Por cuyas características, el contrato administrativo encuadra en la especie de acto administrativo bilateral dada la intervención de dos o más voluntades; contrario al acto administrativo unilateral (como un reglamento), en el que únicamente interviene la voluntad de la autoridad. Así pues, el contrato administrativo será siempre un contrato sinalagmático, ya que ambas partes tienen derechos y obligaciones recíprocas, y por lo tanto ambos tienen la doble posición de acreedor y deudor.

- **Desigualdad de las partes.**

---

<sup>36</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 2009, p. 106.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 83 a 87.

Contrario a la Teoría Civilista (en la que se presumía la igualdad de los contratantes), en los contratos administrativos es imperante la situación de desventaja del particular que contrata con el Estado.

- **Restricción de la libertad de las partes.**

Este elemento se aparta de igual forma de la Teoría Civilista, ya que ambas partes (Estado y particular) ven cooptada su libertad, pues el Estado no puede contratar con el particular que desee, sino debe sujetarse a reglas y procedimientos establecidos en la ley, además de que el particular no puede negociar los términos y condiciones de las cláusulas del contrato.

- **La licitación.**

Es un requisito procedimental que es exigido por la ley como regla general para que el Estado contrate con los gobernados.

- **Interés público prevaleciente.**

Este elemento encuentra su raíz en la naturaleza misma de la función administrativa, lo cual presupone que todo contrato administrativo deberá perseguir cumplir un objetivo que conlleve alcanzar el interés público de la comunidad, y en razón de dicha tarea, los contratos administrativos se ven sujetos a una serie de medidas de seguridad en el contrato que sujeta al particular a un régimen exorbitante de Derecho Privado.

- **Régimen jurídico exorbitante del derecho privado.**

Señala el maestro Jorge Fernández Ruiz que si el Derecho privado fuere suficiente para regular los contratos que celebra la administración pública a través de los contratos administrativos, estos no tendrían razón de ser, dado que su régimen jurídico exorbitante rebasa los límites del Derecho privado o bien tenga matices con elementos de Derecho Público.

Ahora bien, una vez presentes dichas características esenciales del contrato administrativo, expondré sus elementos (esenciales, naturales y accidentales) y requisitos; entendiéndose por elementos cada una de las partes integrantes del contrato, de los cuales, algunos de ellos por ser esenciales, ante su ausencia genera la inexistencia del contrato, y por requisitos toda condición indispensable para la validez del contrato.

- **Elementos esenciales del contrato administrativo.**

El maestro Fernández Ruiz<sup>38</sup> hace una distinción entre elementos esenciales básicos y elementos esenciales presupuesto del contrato; precisando que los primeros son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, y que los últimos son aquellos que se encuentran implícitos en los básicos.

**Sujetos (elemento esencial presupuesto).**

En el contrato administrativo uno de tales sujetos, siempre será la Administración Pública en un sentido restringido, dado que lo puede constituir un órgano del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, o bien, un Organismo constitucional autónomo; y por otra parte el otro sujeto de la relación jurídica será siempre un particular (salvo el contrato interadministrativo, en que ambos sujetos son entes de la Administración Pública).

**Consentimiento (elemento esencial básico).**

De igual forma que en la teoría civilista, representa el acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones en torno a un fin común. El consentimiento para ser eficaz debe exteriorizarse, manifestarse de forma indubitable.

Asimismo, el consentimiento otorgado en el contrato administrativo se debe encontrar libre de vicios. Para este tipo de contratos, conforme al maestro

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 93

Fernández Ruiz<sup>39</sup>, rigen los mismos vicios del consentimiento que en el contrato civil, es decir, la violencia, la intimidación, el dolo, el error y la simulación respecto de la manifestación de la voluntad.

### **Objeto (elemento esencial básico).**

De la misma manera que en el Derecho Privado, los contratos administrativos deben tener un objeto cierto, posible, lícito y determinado o determinable.

### **Causa y finalidad (elementos esenciales presupuestos).**

Debe entenderse a la causa como el “móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes”<sup>40</sup> y a la finalidad como un concepto teleológico que constituye la “razón” que justifica la emisión del acto, en palabras de Miguel S. Marienhoff, es decir es un presupuesto de objeto que explica su por qué.

En tratándose de los contratos administrativos se entiende que la causa y finalidad que motivan a la administración pública a contratar, deben ser considerados como elementos esenciales de los referidos contratos; toda vez que si se extingue la causa o la finalidad del ente público, se extingue también el contrato administrativo, no así si se extingue la causa impulsora de la voluntad del particular y su finalidad, en cuyo caso resulta irrelevante para el cumplimiento del contrato.

- **Requisitos del contrato administrativo.**

### **Ejercicio de la función administrativa.**

Este requisito implica la satisfacción directa e inmediata del interés público mediante la celebración del contrato administrativo.

### **Competencia.**

---

<sup>39</sup> Ibidem, p. 95

<sup>40</sup> Ibidem, P. 97.

Se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, toda vez que a la Administración Pública en sentido amplio no le está permitido realizar lo que le está expresamente permitido, por lo que únicamente podrá celebrar los contratos administrativos que el ordenamiento jurídico le permita.<sup>41</sup>

### **Capacidad.**

Hace referencia al co-contratante de la Administración Pública, ya sea persona física o moral, debe tener plena capacidad para contratar.

### **Forma.**

Por medio de este requisito las voluntades de la Administración Pública y de su co-contratante se exteriorizan en los términos, plazos y condiciones previstos en la ley aplicable.

### **c) Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo.**

Derivado de lo anterior, se desprende que el contrato administrativo es un contrato sinalagmático, oneroso, *intuitu personae*, puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, solemne, de adhesión, sujeto a la teoría de la imprevisión y por tanto al llamado “hecho del príncipe”, siempre será de interés público, se rige por normas de derecho público y cuyas cláusulas imponen un régimen jurídico exorbitante de derecho privado.

## **3.2 DIVERSOS TIPOS DE CONTRATACIÓN QUE REALIZA EL ESTADO MEXICANO.**

El Estado mexicano es el mayor comprador del país, tan sólo en la Cuenta Pública Ciudadana 2012 se señala que el Gobierno Federal, integrado por el poder ejecutivo, legislativo, judicial, órganos constitucionales autónomos (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Instituto Nacional Electoral,

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 94.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información), Entidades Paraestatales de Control Directo como Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, IMSS e ISSSTE, destinaron un total de \$3,122,058.3 millones de pesos a su “Gasto Programable”, el cual abarca el cumplimiento de sus funciones para proveer de bienes y servicios a la población<sup>42</sup>.

Siendo el Estado mexicano el mayor contratante de bienes y servicios del país, tiende a celebrar todo tipo de contratos, entre los cuales se encuentran:

**a) Contrato de Obra Pública.**

Según el maestro Alfonso Nava Negrete, el contrato de Obra Pública es un contrato administrativo cuyo objeto es la realización de una obra material por el Estado, a través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses colectivos<sup>43</sup>.

Este tipo de contrataciones se encuentra íntimamente ligado a la construcción de inmuebles, su modificación o destrucción, como carreteras, puertos, presas, edificios y un amplio etcétera.

**b) Contrato de Compra-venta de bienes muebles.**

Esta figura contractual se actualiza cuando la Administración Pública adquiere bienes muebles determinados o determinables, respecto de los cuales fija un precio unitario y cuya entrega puede ser en una sola ocasión o en periodos sucesivos. Algunos tratadistas identifican la compra-venta de bienes muebles que realiza la Administración Pública como un *“contrato cerrado de adquisición de bienes muebles”*.

---

<sup>42</sup> <http://www.apartados.hacienda.gob.mx/ptp/cpc/2012/> (Consultado el 20 de noviembre de 2014 a las 10:00 horas).

<sup>43</sup> Nava Negrete, Alfonso, *Contrato de Obra Pública, Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

**c) Contrato de Suministro.**

Este tipo de contratos es de naturaleza evidentemente mercantil, pero dadas las necesidades apremiantes de la Administración Pública y los procesos de licitación a los que se encuentra sujeta, la figura contractual del suministro le resulta atractiva porque cubre las necesidades del suministrado de manera rápida, segura y con la conveniencia económica a favor del Estado. La siguiente tesis aislada define al contrato de suministro de la siguiente manera:

**CONTRATO DE SUMINISTRO. CARACTERÍSTICAS.**

El suministro constituye un tipo especial del contrato de compraventa mercantil, cuya función consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suministrado, sin que éste tenga que estipular tantos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten, dándole seguridad en la percepción de las cosas objeto del contrato, las cuales obtendrá en forma constante según sus necesidades, pudiendo incluso existir variación en el precio inicial a partir de cualquiera de las entregas, previa su notificación al suministrado y aceptación por parte de éste. Por lo que no se puede pretender que el suministro y la compraventa sean dos contratos distintos, sino que aquél es una especie de éste y, por ello, le son aplicables las disposiciones normativas que regulan la compraventa mercantil.

**OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO**

Amparo directo 775/96. Guantes Vitex, S.A. de C.V. 12 de diciembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.<sup>44</sup>

Este contrato puede analizarse desde dos aristas: cuando el Estado es suministrado por algún particular, y cuando el Estado es el suministrador.

*Contrato de Suministro cuando el Estado es **Suministrado**.*

En este caso estamos ante la presencia de un contrato regulado por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del sector público, (aplicable a la Administración Pública Federal) y sus equivalentes en los otros poderes del Estado.

---

<sup>44</sup> I.8º.C.121 C, 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo V, Abril de 1997; p. 226

Cuando la Administración Pública es suministrada en ejercicio de su función administrativa, estamos en presencia de lo que los doctrinarios denominan “*contrato abierto de adquisición de bienes muebles*”, en cuyo caso no se precisa la cantidad exacta de bienes a adquirir, pues se señala un mínimo y un máximo de bienes a adquirir, o bien, el mínimo y el máximo del presupuesto que podrá ejercerse. No obstante la descripción de los bienes a adquirir deberá ser detallada.

*Contrato de Suministro cuando el Estado es **Suministrador**.*

Por el contrario, si el Estado funge el rol de “suministrador” -como es el caso del suministro de energía eléctrica, gas natural o gas L.P.- entonces el contrato de referencia tiene un régimen jurídico distinto, dado que dicho negocio no persigue asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, y demás circunstancias pertinentes; sino persigue la prestación de un servicio público.

Es importante no confundir cuando el Estado en su papel de **Suministrador** contrata a su vez a particulares para auxiliarle en actividades adyacentes al suministro de que se trate, como el caso de empresas contratadas por la Comisión Federal de Electricidad para dar mantenimiento a la red de distribución de energía eléctrica, o bien los permisionarios de distribución de gas L.P. autorizados por Petróleos Mexicanos, ya que dichas situaciones tienen una naturaleza distinta a la del contrato de suministro en que el Estado es suministrador, y, por ende, el régimen jurídico aplicable puede incidir en los contratos emanados del artículo 134 constitucional, o bien en la figura de la concesión administrativa.

**d) Contrato de Arrendamiento de bienes muebles.**

En concepto del maestro Jorge Fernández Ruiz<sup>45</sup>, es aquel contrato celebrado entre uno o varios particulares y la Administración Pública en ejercicio de su función administrativa, mediante el cual ambas partes se obligan

---

<sup>45</sup> Fernández Ruiz, Jorge, op.cit. p.335.

recíprocamente, la primera, a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble y la segunda, al pago, de un precio cierto, para satisfacción del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante de derecho privado.

**e) Contrato de Arrendamiento financiero.**

Este contrato encuentra su origen en el Derecho Mercantil, con el denominado *leasing*, por virtud del cual una persona tiene el uso y goce temporal de un bien a cambio de un pago periódico por determinado plazo, a cuyo término el arrendatario financiero tiene la opción de comprar los bienes, prorrogar el plazo del arrendamiento o bien participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta del bien a un tercero.

En tratándose del contrato administrativo de arrendamiento financiero, se puede definir como aquel contrato por virtud del cual la Administración Pública en ejercicio de sus funciones administrativas y con la finalidad de satisfacer el interés público, se obliga a realizar pagos periódicos durante un plazo forzoso con el fin de obtener el uso y goce de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines, con la opción de que al finalizar el plazo forzoso, la Administración Pública en su carácter de arrendataria financiera tenga la opción a compra. Lo anterior con sujeción a un régimen exorbitante de Derecho Privado.

**f) Contrato de prestación de servicios.**

La Administración Pública celebra contratos de prestación de servicios cuando el objeto de los mismos sea el mantenimiento o reconstrucción de bienes muebles (incluyendo los que se encuentran incorporados o adheridos a bienes inmuebles), maquila, transportación, limpieza, vigilancia, consultorías, asesorías, estudios, investigaciones, servicios profesionales que no impliquen una relación laboral, principalmente.

Sigue los mismos elementos y requisitos de los contratos administrativos, como: que el contrato se celebre en ejercicio de la función administrativa del Estado, persiguiendo la satisfacción de un interés público, sujeto a un régimen exorbitante de derecho privado, pero con la premisa inamovible de que la prestación de servicios no esté relacionada con la contratación de obra pública o servicios relacionados con la misma.

**g) Contrato de Empréstito Público.**

Este tipo de contrato administrativo tiene por objeto que el Estado se allegue de recursos proveídos por un sujeto determinado, el cual puede ser otro Estado o bien una Institución de Banca. Carece de legislación específica, por lo que el servidor público encargado de su negociación y celebración goza de una amplia discrecionalidad, obligándose a seguir las reglas que señalan la Constitución, la Ley General de Deuda Pública, la LFPRH, la LOAPF, entre otras disposiciones.

**h) Contrataciones laborales.**

Situándonos en un orden de ideas en el que el ente público denominado Estado, requiere materializar sus actos a través de las acciones que lleven a cabo seres humanos (que adquieren la calidad de trabajadores al servicio del Estado), mismos que requieren ser contratados por aquél; por tanto existirán sendos contratos laborales como necesidades del servicio tenga el Estado, ya sea regidas por el apartado A o B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### 3.3 FENÓMENOS DE CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN ILÍCITA O IRREGULAR.

Entender y describir los fenómenos de corrupción posibles podría llevarnos a desarrollar un trabajo recepcional específico, dada la magnitud del tema “*per se*”. Por tanto en el presente numeral haremos un somero esbozo acerca de la corrupción y su relación con las contrataciones ilícitas o irregulares.

Durante el siglo XX, se sostenía una tesis denominada “Desarrollista” que explicaba la causa y justificación de la corrupción en determinados países sosteniendo que entre más desarrollado fuera un país, sus niveles de corrupción serían menores, y a la inversa, entre menos desarrollado fuese un país, sus niveles de corrupción sería mayores<sup>46</sup>.

Desde esa óptica se esperaría que las economías más fuertes del planeta fuesen las menos corruptas. Sin embargo, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, entre otros, no lideraban la lista de países con menor incidencia en la corrupción; lo cual nos lleva a concluir que no necesariamente se entra al círculo de la corrupción por escasez de recursos económicos, sino implica una cuestión cultural, de amplias miras, que incide en la conciencia de la sociedad, en “querer ahorrar tiempo y esfuerzo” al cobijo de un gobierno que lejos de castigar dichas conductas, tiende a alentarlas a través de leyes ambiguas y sistemas judiciales lentos, casi obsoletos.

En un país como México en el que la tendencia a la corrupción pareciera cuestión de genética social, resulta difícil acotar sus expresiones a ciertas conductas, dado que las corruptelas no se limitan a las relaciones sociedad-gobierno, sino entre los mismos particulares se gestan corruptelas.

Dado que en el presente trabajo nos encontramos analizando el tema del poder sancionador del Estado en las contrataciones públicas, sugeriremos algunos fenómenos de corrupción sucedidas en ese contexto. Fenómenos que van desde el ineficaz desempeño de servidores públicos no comprometidos con los intereses

---

<sup>46</sup> Reyes Heróles, Federico, *Corrupción: de los ángeles a los índices*, en “Cuadernos de Transparencia” del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, 6ª ed., México, 2008.

del Estado, hasta la alta especialización de otros servidores públicos para encontrar “lagunas” en la legislación aplicable, preparación a modo de convocatorias a licitaciones públicas, participación en procesos de contratación de “empresas fantasma”, la simulación de actos jurídicos, la participación accionaria de servidores públicos en empresas ganadoras de licitaciones (amén de la utilización de testaferros), la falta de supervisión del Estado respecto del debido cumplimiento de los contratos celebrados, la fiscalización ineficaz a servidores públicos corruptos, por mencionar algunos fenómenos.

Cada una de las situaciones que se han intentado describir someramente, contextualizan las condiciones perfectas para la incubación y desarrollo del microorganismo denominado “contratación ilícita o irregular”.

Según el Diccionario de la Lengua Española se debe entender por “ilícito”, lo que no es permitido por la ley o la moral, por “irregular”, lo que está fuera de la regla o es contrario a ella<sup>47</sup>. Se advierte, pues, ambos términos evocan a una disparidad entre el ser y el deber ser.

Por tanto, cualquier contratación pública que se lleve a cabo en contravención a las leyes, reglamentos y demás normatividad aplicable será ilícita o irregular, toda vez que intrínsecamente será una contratación antijurídica concretada a través de conductas de agentes específicos.

### **3.4 DIFERENCIAS ENTRE DELITO E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA.**

Antes de abordar una diferenciación entre una figura propia del derecho penal (el delito) de una infracción propia del derecho administrativo sancionador (la infracción administrativa), es necesario definir cada uno de los conceptos así como sus características comunes.

---

<sup>47</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=il%C3%ADcito> (consultado el 15 de marzo de 2015 a las 22:30 horas)

Atendiendo a la definición contemplada en el Código Penal Federal en su artículo 7, se entiende por “delito” como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Sin embargo, dicha definición resultar ser ociosa y por demás incompleta.

Por tanto citaremos algunas definiciones de la doctrina penal. En primera instancia traeremos a colación las concepciones del maestro Fernando Castellanos Tena, quien bajo un esquema de clasificación tripartita, señala que los crímenes son los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre, los delitos son conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, y que las faltas o contravenciones son infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.<sup>48</sup>

Por su parte el Dr. Francisco Pavón Vasconcelos elaboró una definición pentatónica (es decir, que la definición contiene cinco elementos), sosteniendo que el delito es “*la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible*”.<sup>49</sup>

Derivado de la definición anterior, se desprenden los siguientes elementos: a) la conducta, que es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito; b) la tipicidad, que se define como la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; c) la antijuridicidad, que radica en la violación del bien jurídico tutelado por el tipo penal; d) la culpabilidad (cuyo presupuesto es la imputabilidad, es decir, la capacidad de “*entender y querer*”), definida como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto; y, e) la punibilidad, que consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta<sup>50</sup>.

En otro orden de ideas, el Dr. Miguel Acosta Romero define a la infracción administrativa como “*todo acto o hecho de una persona que viole el orden establecido por la Administración Pública*”<sup>51</sup>. Por su parte, el Dr. Andrés Serra Rojas señala que la infracción administrativa “*alude a la violación de la ley*

---

<sup>48</sup> Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 24ª ed., México, Editorial Porrúa, 1987, p.135.

<sup>49</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 21ª ed. México, Editorial Porrúa, 2010, p. 195.

<sup>50</sup> Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

<sup>51</sup> Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 10ª ed. México, Editorial Porrúa, 1961, p.167.

*administrativa, que se origina por un hecho o abstención declarados ilegales por una ley, que ameritan una sanción administrativa*<sup>52</sup>.

Las infracciones administrativas encuentran su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual precisa que:

“competete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad (...)”

Lo cual concede a la Administración Pública la potestad de sancionar las conductas que contravinieren los ordenamientos de que fueren competentes para su aplicación el Poder Ejecutivo. Lo anterior sin caer en el extremo de limitar el poder sancionador de la Administración Pública a la aplicación de multas, arrestos o trabajos en favor de la comunidad, dado que conforme al artículo 89 fracción I de la Constitución Federal, el Poder Ejecutivo goza de la facultad reglamentaria, merced a la cual puede precisar los efectos de la ley; lo cual, interpretado a la luz del fragmento antes transcrito del artículo 21 del Pacto Federal, trae como consecuencia que el Poder Ejecutivo puede imponer las sanciones más adecuadas, siempre y cuando no vulnere el principio de proporcionalidad de la pena.

Derivado de lo anterior, se advierte que tanto delito como infracción administrativa son los hechos contraventores al régimen legal respectivo y que ocasionan la imposición de penas y sanciones, respectivamente, por lo que comparten un mismo origen: la antijuridicidad en un sentido amplio, por ser conductas contraventoras a una norma, es decir, al deber ser.

Si delito e infracción administrativa comparten un mismo origen, y -como señala el Dr. Daniel Márquez- *“si el derecho es unitario como se pretende y cada una de las ramas que lo componen forman parte del gran tronco de las ciencias*

---

<sup>52</sup> Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, segundo curso*, 24ª ed. México, Editorial Porrúa, 2006, p.626.

*jurídicas, nada se opone a que los mismos conceptos que denotan fenómenos jurídicos en otras ramas legales se apliquen en el ámbito administrativo*<sup>53</sup>; entonces consideramos que el estudio de los elementos constitutivos del delito así como sus causas de justificación, pueden ser válidamente aplicados a la infracción administrativa, siempre y cuando aquellos resulten compatibles con esta última, por ejemplo, en la imposición de sanciones mediante un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio.

Ello es así, pues no pueden serle aplicables los principios del derecho penal a la imposición de multas por infracciones al reglamento de tránsito (por citar un ejemplo), dado que al acto de referencia le son aplicables únicamente los requisitos del acto administrativo en virtud de que no hay procedimiento administrativo previo seguido en forma de juicio, es decir, la imposición de la sanción es instantánea.

Por último, si delito e infracción administrativa comparten un mismo origen y sus elementos constitutivos y causas de justificación pueden ser estudiados bajo una óptica muy similar, entonces, ¿cuáles son las diferencias entre uno y otra?

Si consideramos que la probable diferencia sea la consecuencia del delito y la infracción, es decir, la pena y la sanción administrativa, respectivamente, entonces estaríamos diferenciando únicamente para efectos de definición y no así por hallarse una distinción tangible, dado que tanto la pena como la sanción administrativa emanan de la potestad sancionadora del Estado con el objetivo de reprimir conductas contraventoras a las disposiciones normativas que tutelan diversos bienes jurídicos.

En estas circunstancias, desde nuestra perspectiva sólo advertimos dos diferencias materiales entre delito e infracción, dos diferencias que atienden a una sola razón.

---

<sup>53</sup> Márquez, Daniel, *Función jurídica de control de la Administración Pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p.297.

Dichas diferencias tan sólo son: a) la autoridad que impone la pena o sanción (el Poder Judicial en tratándose de delitos; la Autoridad Administrativa en tratándose de infracciones); y, b) la gravedad de dicha pena, ya que solamente el delito puede ser castigado con prisión, mientras que la infracción cuando mucho castigará con arresto de no más de treinta y seis horas, destitución, clausura, multa e incluso inhabilitación para ser sujeto de determinadas relaciones jurídicas con respecto al Estado.

Como se puede advertir, ambas diferencias encuentran su razón de ser en el juicio de valor que la sociedad le imprima a través de su Poder Legislativo a la conducta que el Estado busca reprimir a través las autoridades competentes. En consecuencia, las penas impuestas por la comisión de un delito buscarán de manera directa preservar la convivencia de la sociedad, su armonía, el equilibrio entre todos sus elementos; y por su parte las sanciones impuestas por la comisión de infracciones administrativas buscarán de manera directa y en primer instancia el procurar un ejercicio debido de la Administración Pública, lo cual incidirá, pero, de manera indirecta en la preservación de la convivencia de la sociedad.

### **3.5 HIPÓTESIS DELICTIVAS APLICABLES A PARTICULARES EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO MEXICANO.**

A continuación llevaremos a cabo un análisis dogmático de los tipos penales vigentes en el ámbito federal, que pueden tener incidencia en el desarrollo de las contrataciones públicas que lleva a cabo el Estado.

#### **a) Uso indebido de atribuciones y facultades.**

**“Artículo 217.-** Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades:

(...)

II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, (...)"

### **Conducta.**

El sujeto activo que se advierte en la fracción II del artículo 217 del Código Penal Federal es aquella persona física que sin reunir la condición de servidor público (pues en caso de que el sujeto activo sea servidor público, estaríamos ante el supuesto del delito de "Tráfico de Influencia", mismo que analizaremos en párrafos posteriores), solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hace referencia la fracción I del citado artículo<sup>54</sup>.

Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>55</sup>, la palabra "indebido" en el tipo penal en estudio, debe entenderse como la alusión a una conducta que se realiza en forma contraria en la ley que regula el acto respectivo, es decir que el acto adolece de vicios de legalidad combatibles en la vía correspondiente.

El maestro Jiménez Huerta hace una crítica en relación a las conductas previstas en la fracción I del artículo en estudio, señalando que existe un rigorismo excesivo al señalar que por la mera actuación indebida del servidor público se es merecedor a la pena privativa de libertad prevista en el citado artículo<sup>56</sup>, lo cual compartimos ya que las conductas en comento están íntimamente relacionadas con la emisión de actos administrativos, cuyo criterio aplicado por el servidor público emisor de los mismos puede ser sujeto a debate mediante algún recurso administrativo o juicio de nulidad, prevaleciendo el criterio del juzgador de

---

<sup>54</sup> **Artículo 217:** Comete el delito de ejercicio indebido de funciones y atribuciones:

I.- El servidor público que indebidamente:

**A)** Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación;

**B)** Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico;

**C)** Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal.

**D)** Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.

<sup>55</sup> [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Noviembre de 2007; Pág. 183. Número de registro 170890

<sup>56</sup> Jiménez Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*, t. V. *La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad*, 7ª ed. México, Editorial Porrúa, 2003. pp. 403 y 404.

legalidad, por tanto compartimos la conclusión a que llega el maestro Jiménez Huerta en el sentido de que es menester incluir como elemento normativo de que las conductas previstas en la fracción I del artículo 217 del Código Penal Federal, deben reportarle algún beneficio económico al sujeto activo para considerarse punibles, con lo cual el tipo penal se asemejaría más a un ejercicio abusivo de funciones.

Sin embargo, la fracción II del artículo que se analiza, depende totalmente de que el particular solicite o promueva la realización de las conductas señaladas en la fracción I, las cuales deberán ser indebidas, repórtele o no un beneficio económico al servidor público, lo cual consideramos acertado en pos de un esquema de contratación pública transparente sin la intervención de particulares.

El sujeto pasivo del delito de “uso indebido de atribuciones y facultades” será el Estado como titular del bien jurídico tutelado, el cual es el debido funcionamiento de la administración pública, y su trasgresión siempre implicará una conducta de acción.<sup>57</sup>

### **Tipicidad.**

El delito de uso indebido de atribuciones y facultades, por su composición, es un tipo anormal, dado que es necesario establecer una valoración jurídica previa a efecto de determinar si el sujeto activo llevó a cabo una actuación indebida en el desempeño de sus atribuciones y facultades. Por su ordenación metodológica es fundamental o básico; en función de su autonomía es un tipo penal independiente ya que no necesita la actualización de otro tipo penal; por su formulación es casuístico, pues prevé varias hipótesis; y, por el daño que causa es un tipo penal de daño.<sup>58</sup>

### **Antijuridicidad.**

---

<sup>57</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pp. 147 a 149.

<sup>58</sup> Ibidem, pp. 171 a 175.

La conducta actualizará el tipo penal en estudio siempre y cuando la solicitud o promoción del sujeto activo sugiera la generación de una actuación indebida del servidor público responsable de llevar a cabo el otorgamiento de la concesión o del contrato conforme a la legislación que regule el acto.<sup>59</sup>

### **Causales de Justificación.**

Para el delito en análisis no es aplicable ni la legítima defensa, ni el estado de necesidad, ni el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, ni la obediencia jerárquica, ni impedimento legítimo alguno; ya que el elemento volitivo de la conducta no se ve afectado por alguna circunstancia insuperable.<sup>60</sup>

### **Culpabilidad.**

El delito de uso indebido de atribuciones y facultades es un delito netamente doloso, en la modalidad de dolo directo, ya que el resultado coincide con el propósito del sujeto activo, es decir se tiene la plena conciencia de querer quebrantar el debido funcionamiento de la Administración Pública y por ende tiene la voluntad de realizar el acto.<sup>61</sup>

### **Punibilidad.**

La pena señalada para este delito para el sujeto activo en estudio es de seis meses a doce años de prisión y de cien a trescientos días multa.<sup>62</sup>

### **b) Cohecho.**

**“Artículo 222.-** Cometén el delito de cohecho:

(...)

---

<sup>59</sup> Ibidem, pp. 178 a 182.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>61</sup> Ibidem, pp. 239 a 241

<sup>62</sup> Ibidem, p. 149.

II.- El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.”

### **Conducta.**

El sujeto activo de la hipótesis en estudio será cualquier persona que dé u ofrezca dinero o cualquier o cualquier otra dádiva a un servidor público o a la interpósita persona que funja como intermediario, con la finalidad de que aquel haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.

Señala el maestro Jiménez Huerta<sup>63</sup> que el delito de cohecho rompe con el criterio de la bilateralidad entre cohechado y cohechador, dado que divide en dos fracciones sendas conductas reprochadas, sin importar si el ofrecimiento o solicitud de dinero o dádiva es aceptado por la otra persona.

El sujeto pasivo del cohecho será el Estado como titular del bien jurídico tutelado, el cual es el debido funcionamiento de la administración pública.

La conducta del delito de cohecho es netamente de acción.<sup>64</sup>

### **Tipicidad.**

Una vez citado el tipo penal del cohecho contenido en el artículo 222 del Código Penal Federal, se advierte que el mismo es un tipo normal, fundamental o básico y autónomo.<sup>65</sup>

### **Antijuridicidad.**

La conducta descrita en el tipo penal del cohecho será antijurídica con el mero ofrecimiento o dación espontáneo de dinero o dádivas que se haga al

---

<sup>63</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.* Pp. 423 y 424.

<sup>64</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pp. 147 a 149.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 171 a 175.

servidor público con la finalidad de que éste haga o deje de hacer un acto justo o injusto relacionado con sus funciones.<sup>66</sup>

### **Causas de justificación.**

No es aplicable ningún supuesto que actualice causal de justificación alguna.<sup>67</sup>

### **Culpabilidad.**

El cohecho es un delito netamente doloso, en la modalidad de dolo directo, ya que el resultado coincide con el propósito del sujeto activo, es decir se tiene la plena conciencia de querer quebrantar el normal funcionamiento de la Administración Pública y por ende tiene la voluntad de realizar el acto.<sup>68</sup>

### **Punibilidad.**

La pena señalada para este delito –respecto del sujeto activo señalado en la fracción en estudio– es de tres meses a dos años de prisión y de treinta a trescientos días multa, cuando la cantidad o el valor de la dádiva no excedan del equivalente de quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o no sea valuable, al momento de cometerse el delito. Si la cantidad o el valor excediera de quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, la pena se incrementará de dos a catorce años de prisión y de trescientos a mil días multa.<sup>69</sup>

### **c) Tráfico de influencia.**

**“Artículo 221.-** Comete el delito de tráfico de influencia:

---

<sup>66</sup> Ibidem, pp. 178 a 182.

<sup>67</sup> Ibidem, pág. 183.

<sup>68</sup> Ibidem, pp. 239 a 241.

<sup>69</sup> Ibidem, pág. 149.

I.- El servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión, y

II.- Cualquier persona que promueve la conducta ilícita del servidor público o se preste a la promoción o gestión a que hace referencia la fracción anterior.”

### **Conducta.**

El sujeto activo a que hace alusión la fracción II del artículo 221 del Código Penal Federal, será cualquier persona que lleve a cabo cualquiera de las siguientes conductas: a) promueva la conducta ilícita del servidor público (cualquiera que esta sea); b) se preste a la promoción o gestión de la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos.

El sujeto pasivo será el Estado como titular del bien jurídico tutelado, que es el debido funcionamiento de la administración pública.

Por tanto, la conducta que actualiza el delito de tráfico de influencia es, necesariamente, de acción.<sup>70</sup>

### **Tipicidad.**

Una vez citado el tipo penal del cohecho contenido en el artículo 221 del Código Penal Federal, se advierte que el mismo es un tipo normal, fundamental o básico y autónomo.<sup>71</sup>

### **Antijuridicidad.**

Las conductas que el delito de tráfico de influencia prevé en su fracción II, serán antijurídicas, respecto la primera parte de la citada fracción, sin necesidad de que el servidor público lleve a cabo la “conducta ilícita” a que se hace

---

<sup>70</sup> Ibidem, pp. 147 a 149.

<sup>71</sup> Ibidem, pp. 171 a 175.

referencia<sup>72</sup>; y, respecto la segunda parte de la referida fracción será antijurídica hasta que se materialice la promoción o gestión de un trámite o resolución ilícitos de “negocios públicos”, siempre que los mismos sean ajenos a las responsabilidades inherentes al empleo, cargo o comisión del servidor público que se auxilie, ya que de no ser ajenos a dichas responsabilidades, no se encuadraría el tipo penal en análisis.<sup>73</sup>

### **Causas de justificación.**

No es aplicable ningún supuesto que actualice alguna causal de justificación.<sup>74</sup>

### **Culpabilidad.**

El tipo penal previsto en la fracción II del artículo en estudio, en principio es una conducta dolosa, sin embargo también puede admitir la culpa inconsciente.<sup>75</sup>

### **Punibilidad.**

El sujeto activo estudiado en el presente tipo penal (únicamente por cuanto hace a la persona que tenga el carácter de particular), puede hacerse acreedor a la pena de prisión de dos a seis años y multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.<sup>76</sup>

## **d) Falsificación de documentos.**

**Artículo 244.-** El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

---

<sup>72</sup> En esta hipótesis, el delito previsto es “de peligro”, pues no es necesario que se cause un daño a la administración pública.

<sup>73</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pp. 178 a 182.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>75</sup> Ibidem, pp. 239 a 241.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 149.

I.- Poniendo una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, o alterando una verdadera;

II.- Aprovechando indebidamente una firma o rúbrica en blanco ajena, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, la honra, la persona o la reputación de otro, o causar un perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;

III.- Alterando el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si esto cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto substancial, ya se haga añadiendo, enmendando o borrando, en todo o en parte, una o más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación;

IV.- Variando la fecha o cualquiera otra circunstancia relativa al tiempo de la ejecución del acto que se exprese en el documento;

V.- Atribuyéndose el que extiende el documento, o atribuyendo a la persona en cuyo nombre lo hace: un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto;

VI.- Redactando un documento en términos que cambien la convención celebrada en otra diversa en que varíen la declaración o disposición del otorgante, las obligaciones que se propuso contraer, o los derechos que debió adquirir;

VII.- Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos hechos falsos, o como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan, se extendiere para hacerlos constar y como prueba de ellos;

VIII.- Expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen; dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene; o de otro que no carece de ellos, pero agregando o suprimiendo en la copia algo que importe una variación substancia, y

IX.- Alterando un perito traductor o paleógrafo el contenido de un documento, al traducirlo o descifrarlo.

X.- Elaborando placas, gafetes, distintivos, documentos o cualquier otra identificación oficial, sin contar con la autorización de la autoridad correspondiente.

**Artículo 246.-** También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243:

I y II (...)

III.- El que, para eximirse de un servicio debido legalmente, o de una obligación impuesta por la ley, suponga una certificación de enfermedad o impedimento que no tiene como expedida por un médico cirujano, sea que exista realmente la persona a quien la atribuya, ya sea ésta imaginaria o ya tome el nombre de una persona real, atribuyéndoles falsamente la calidad de médico o cirujano;

IV.- El médico que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley, o de cumplir una obligación que ésta impone, o para adquirir algún derecho;

V.- El que haga uso de una certificación verdadera expedida para otro, como si lo hubiere sido en su favor, o altere la que a él se le expidió;

VI.- (...)

VII.- El que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o de copia, transcripción o testimonio del mismo, sea público o privado.

### **Conducta.**

El sujeto activo será aquella persona que lleve a cabo alguna de las conductas descritas en el artículo 244 del Código Penal Federal, las cuales pueden ser agrupadas –para fines expositivos, como lo sugiere el maestro Mariano Jiménez Huerta siguiendo a su vez a Carnelutti<sup>77</sup>– en conductas de creación, alteración, supresión y uso de documentos falsos.

Puede clasificarse como de “creación” las fracciones I, II, V, VI, VII y VIII del artículo 244 del Código Penal Federal y III y IV del artículo 246 del mismo ordenamiento jurídico. En la clasificación de “alteración” encuadran las fracciones I, III, IV y IX del referido artículo 244. Las conductas de “supresión” están previstas en las fracciones III y VIII del tipo penal contenido en el artículo 244, antes citado.

---

<sup>77</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.* pp. 221 y 222.

Y por último las conductas de “uso” se encuentran previstas en las fracciones V y VII del artículo 246 del Código Penal Federal.

En tratándose de la falsificación de documentos en un procedimiento de contratación pública, el sujeto pasivo será el Estado, ya que es éste el que reciente la vulneración al bien jurídico tutelado del que es titular, esto es la seguridad jurídica que guarda dicho documento.<sup>78</sup>

### **Tipicidad.**

El delito de falsificación de documentos, por su composición es un tipo penal normal, por su ordenación metodológica es fundamental, autónomo o independiente, por su formulación es un tipo casuístico, y, por el daño que causa es de lesión.<sup>79</sup>

### **Antijuridicidad.**

Las conductas previstas en este tipo penal se considerarán antijurídicas siempre y cuando las mismas constituyan una violación a la seguridad jurídica de la que están investidos los documentos, es decir, siempre y cuando el bien jurídico tutelado sea violado.<sup>80</sup>

### **Causas de Justificación.**

Puede ser aplicable el estado de necesidad si el bien jurídico que se prefiere es de mayor valía que el tutelado en el delito de falsificación de documentos.<sup>81</sup>

### **Culpabilidad.**

Consideramos que todas las conductas previstas en este tipo penal son necesariamente dolosas.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pp. 147 a 149.

<sup>79</sup> Ibidem, pp. 171 a 175.

<sup>80</sup> Ibidem, pp. 178 a 182.

<sup>81</sup> Ibidem, pág. 183.

## **Punibilidad.**

El delito de falsificación de documentos es castigado con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa si el documento falsificado es público; en caso de que el documento en cuestión fuese de carácter privado, la pena sería de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa.<sup>83</sup>

### **3.6 INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS APLICABLES A LAS CONDUCTAS IRREGULARES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Aunado a las sanciones penales a que son sujetos los particulares en los procedimientos de contratación pública, existe un régimen de infracciones administrativas al cual se encuentran sujetos. Dicho régimen, se encuentra plasmado en cada una de la legislación que regulan los procedimientos de contratación pública, régimen jurídico que comentaremos someramente en este apartado. Cabe señalar que las sanciones previstas en la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas serán comentadas en el apartado siguiente.

Tanto la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como la LOPSRM (legislación que sin ser una ley marco, parece que funge como tal) contemplan dos tipos de sanciones en materia de infracciones administrativas, multa e inhabilitación para poder participar en otros procedimientos de contratación a nivel federal, mismas que ya han sido descritas en el capítulo anterior.

Es preciso traer a colación dos situaciones. Las multas previstas en esas leyes se actualizan con la mera “infracción a las disposiciones de la ley”, por lo cual, cualquier acto del particular que se salga de los lineamientos previstos desde el inicio del procedimiento de contratación, firma del contrato respectivo y

---

<sup>82</sup> Ibidem, pp. 239 a 241.

<sup>83</sup> Ibidem, pág. 149.

ejecución del mismo, será susceptible de ser sancionado a través de multa. Sumado a ello, el artículo 60 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 78 de la Ley de Obras Públicas en comento, sujetan al particular a inhabilitación si:

- Injustificadamente y por causa imputable a él no formaliza dos o más contratos en el plazo de dos años (fracción I).
- Le es rescindido un contrato en dos o más dependencias o entidades en un plazo de tres años (fracción II).
- Incumple sus obligaciones contractuales y como consecuencia de ello le causan un daño o perjuicio grave a su co-contratante (fracción III).
- Proporciona información falsa o se conducen con dolo en el procedimiento de contratación, celebración y ejecución del contrato (fracción IV).
- Contrata asesoría en materia de contratación pública, si el destinatario de la contraprestación de dicha asesoría es un servidor público (fracción V).
- Interpone el recurso de inconformidad con la finalidad de retrasar o entorpecer el procedimiento de contratación (fracción VI).

Es de advertirse que los supuestos previstos en las fracciones I, III, IV, y V de los artículos antes mencionados, se encuentran también previstos en el Código Penal Federal en los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades (para el caso de las fracciones I y III), falsificación de documentos (para el caso de las fracciones IV) y tráfico de influencia (para el caso de las fracciones V).

Dicha situación la tenía contemplada el legislador, pues tanto en el artículo 63 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como el artículo 81 de la LOPSRM, precisan que las responsabilidades y sanciones previstas en sus apartados de "Infracciones" serán independientes de las de orden civil, penal o de cualquier otra índole que pueden derivar de la comisión de los mismos hechos previstos.

Cabe acotar que el estudio de esta situación se abordará en un apartado posterior, analizando sobre la constitucionalidad de esta situación.

### **3.7 IMPOSICIÓN DE SANCIONES A PARTICULARES.**

El 11 de junio de 2011 se publicó en el DOF la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP), norma que amplía el espectro de las responsabilidades de los particulares –personas físicas y morales– que participan en procedimientos de contrataciones públicas con el Estado.

Esta ley obedece al cumplimiento de los compromisos adquiridos por nuestro país en la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA) firmada el 26 de marzo de 1996 y ratificada por el Senado de la República el 2 de junio de 1997; la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos (OCDE) signada el 21 de noviembre de 1997 y ratificada el 27 de mayo de 1999, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada el 9 de diciembre de 2003 y ratificada el 29 de abril de 2004.

La LFACP prevé las siguientes infracciones administrativas, previstas en su artículo 8:

**“Artículo 8.** Cualquiera de los sujetos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 2 de esta Ley, incurrirá en responsabilidad cuando en las contrataciones públicas de carácter federal, directa o indirectamente, realice alguna o algunas de las infracciones siguientes:

**I.** Prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o recepción del dinero o de la dádiva o del resultado obtenido.

Se incurrirá asimismo en responsabilidad, cuando la promesa u ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva se haga a un tercero, que de cualquier forma intervenga en el diseño o elaboración de la convocatoria de licitación pública o de cualquier otro acto relacionado con el procedimiento de contratación pública de carácter federal;

**II.** Ejecute con uno o más sujetos a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener un beneficio o ventaja indebida en las contrataciones públicas de carácter federal;

**III.** Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto participar en contrataciones públicas de carácter federal, no obstante que por disposición de ley o resolución administrativa se encuentre impedido para ello;

**IV.** Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto evadir los requisitos o reglas establecidos en las contrataciones públicas de carácter federal o simule el cumplimiento de éstos;

**V.** Intervenga en nombre propio pero en interés de otra u otras personas que se encuentren impedidas para participar en contrataciones públicas de carácter federal, con la finalidad de que ésta o éstas últimas obtengan, total o parcialmente, los beneficios derivados de la contratación;

**VI.** Obligue sin tener derecho a ello, a un servidor público a dar, suscribir, otorgar, destruir o entregar un documento o algún bien, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja o beneficio;

**VII.** Promueva o use su influencia, poder económico o político, reales o ficticios, sobre cualquier servidor público, con el propósito de obtener para sí o un tercero un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación del servidor o de los servidores públicos o del resultado obtenido, y

**VIII.** Presente documentación o información falsa o alterada con el propósito de lograr un beneficio o ventaja.

Cuando la infracción se hubiere realizado a través de algún intermediario con el propósito de que la persona física o moral a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley obtenga algún beneficio o ventaja en la contratación pública de que se

trate, ambos serán sancionados previo procedimiento administrativo sancionador que se sustancie en términos de esta Ley.”

Dichas infracciones son aplicables solamente a personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjera, que participen en procedimientos de contratación pública en su calidad de interesados, licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos. Así como a las personas físicas y morales que intervengan en contrataciones públicas a nombre, por cuenta o en interés de las personas físicas o morales antes mencionadas, en su calidad de accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apoderados, comisionistas, agentes, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o cualquier otro carácter.

Asimismo es aplicable la LFACP a las personas físicas o morales que participen en procedimientos de contratación pública, otorgamiento de permisos y concesiones, o cualquier trámite relacionado con dichas operaciones con algún organismo u organización públicos de un Estado extranjero; pero solo por cuanto hace al supuesto previsto en el primer párrafo de la fracción I de la ley en estudio.

La referida Ley, es de naturaleza administrativa, siendo las autoridades competentes para su aplicación la Secretaría de la Función Pública (en vías de extinción), las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Administrativos, la Auditoría Superior de la Federación y los Organismos con autonomía constitucional.

En la exposición de motivos de la LFACP que el Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores, se precisa que el fundamento constitucional de la referida ley lo constituyen los artículos 73 fracción XXI y 134 de la CPEUM, sin embargo, dichos preceptos hacen alusión –el primero de ellos– a la facultad que

tiene el Congreso de la Unión para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; y –el segundo de ellos– a que los servidores públicos serán responsables en términos del Título Cuarto<sup>84</sup> de la CPEUM respecto del cumplimiento de las bases que dicho artículo asienta para las contrataciones públicas.

Ergo, si los responsables de la inobservancia de las bases asentadas para las contrataciones públicas son los servidores públicos (conforme al citado artículo 134), y ante tal inobservancia las leyes pueden imponerle sanciones (artículo 73 fracción XXI constitucional), por tanto, tales artículos no son el fundamento constitucional para sancionar a los particulares. En esas circunstancias, ¿cuál es el fundamento constitucional de las sanciones administrativas que establece la LFACP?

Aunado a esta situación, es inevitable advertir que muchos de los supuestos contemplados en la LFACP prevén hipótesis de infracciones administrativas que se asemejan a las conductas sancionadas por el Código Penal Federal como se advierte en el siguiente cuadro:

Hipótesis prevista en la LFACP.	Hipótesis prevista en el CPF.
Artículo 8, fracción I y artículo 9 (Ofrecimiento de dádivas)	Artículo 222, fracción II y artículo 222 bis, fracción III  (Cohecho)
Artículo 8, fracciones II, III, IV y V (Ejecución de actos irregulares en el procedimiento de contratación).	Artículo 217, fracción II  (Uso indebido de atribuciones y facultades)
Artículo 8, fracciones VI y VII	Artículo 221, fracción II

<sup>84</sup> Título Cuarto. “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”.

(Uso de influencia o poder económico o político)	(Tráfico de influencia)
Artículo 8, fracción VIII  (Uso de documentación o información falsa)	Artículo 244 y 246, fracciones III, IV, V y VII  (Falsificación de documentos)

No obstante lo anterior, el artículo 7 de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas precisa que las responsabilidades y sanciones previstas en ella se determinarán y aplicarán con independencia de las demás responsabilidades y sanciones previstas en los ordenamientos legales aplicables, lo que motiva a plantearse si ello no traerá como consecuencia la existencia de una doble sanción por hechos que puedan juzgarse dos veces, con lo cual: ¿estaríamos ante una inminente violación al derecho fundamental del NON BIS IDEM?

### **3.8 CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER SANCIONADOR A PARTICULARES EN NORMAS PENALES Y ADMINISTRATIVAS POR LA MISMA CONDUCTA. ¿EXISTÍA TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”?**

Durante el desarrollo de los apartados seis y siete del presente capítulo se advirtió sobre las múltiples similitudes que inciden en la transcripción, entre las hipótesis previstas en los capítulos de “infracciones” de las leyes que regulan los procedimientos de contratación pública y de la LFACP, con diversos delitos previstos en el Código Penal Federal.

Ante esta situación, consideramos necesario reflexionar sobre la constitucionalidad de la imposición de sanciones administrativas y judiciales –si

bien de distinta naturaleza– por parte de autoridades distintas a una misma persona por los mismos hechos.

El artículo 23 constitucional, prevé lo siguiente:

**“Artículo 23.-** Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.”

Tal derecho fundamental es conocido como *“non bis in ídem”*, que quiere decir “no dos veces por lo mismo”. Cabe señalar que el derecho humano en mención es reconocido también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en cuyo Capítulo II “Derechos Civiles y Políticos” de su Parte I “Deberes de los Estados y Derechos protegidos”, señala en su artículo 8 “Garantías Judiciales”, numeral 4, establece que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Desde luego que dicho derecho humano no debe ser limitado única y exclusivamente al ámbito penal, dado que el poder sancionador del Estado Mexicano no se puede circunscribir única y exclusivamente a dicho ámbito, sirviéndonos de antecedente para llegar a tal afirmación la siguiente tesis aislada:

**MULTAS Y OTRAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. NON BIS IN IDEM.**<sup>85</sup>

La garantía constitucional contenida en el artículo 23, que prohíbe enjuiciar dos veces por la misma infracción, es aplicable a las penas que se impongan por infracciones administrativas, como es el caso de las multas.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO**

DA-535/70. Prisciliano Barrera Ramírez de Arellano. 6 de julio de 1971. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

---

<sup>85</sup> [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F.; Volumen 31, Sexta Parte; Pág. 47

Si bien es cierto que las sanciones administrativas son impuestas por la Administración Pública y las sanciones penales por el Poder Judicial, es decir sendas sanciones son impuestas por autoridades diversas, dada su distinta naturaleza; es innegable el hecho de que el Estado mexicano es uno mismo, que es dividido para efectos orgánicos y de contrapeso de poder.

Por tanto, si las sanciones administrativas y penales emanan de un mismo poder sancionador delegado al Estado mexicano, en virtud de lo pactado en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde luego, que el derecho fundamental de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es aplicable a la doble imposición de sanciones –vía administrativa y penal– a los particulares, sin que sea óbice el argumento de que dichas sanciones son de naturaleza distinta.

Es por ello que con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, se buscó corregir un problema de inconstitucionalidad respecto de los artículos 63 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 81 de la LOPSRM y 7 de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, los cuales prevén que las sanciones señaladas en los ordenamientos legales precisados serán independientes de las de orden civil, penal o incluso de cualquier otra índole que pudieren derivar de la comisión de los mismos hechos.

Sin embargo, ello obliga al Estado a ser congruente en sus resoluciones y sentencias, a efecto de evitar que las mismas sean contradictorias, por ejemplo, absuelto en el proceso penal y sancionado en el procedimiento administrativo, es decir, el Estado mexicano se contradiría (partiendo del criterio de unidad del Estado) señalándole al particular “sí eres responsable, pero no”; máxime que los supuestos de infracción previstos en las leyes señaladas en el presente párrafo son prácticamente iguales a diversos tipos penales contemplados en el Código Penal Federal, como ya se ha advertido en numerales anteriores.

Además de que, dicho sea de paso, la reforma constitucional antes citada, si bien por una parte soluciona el problema de inconstitucionalidad, por otra parte, consideramos que fue indebidamente estructurada. Específicamente por cuanto hace al tema de combate a la corrupción por parte de los particulares.

En efecto, el constituyente permanente reformó el artículo 109 constitucional para incluir el régimen de responsabilidades de los particulares que participan en actos de corrupción, redactándolo de la siguiente manera:

**IV.** Los tribunales de justicia administrativa impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales. Las personas morales serán sancionadas en los términos de esta fracción cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella. También podrá ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la Hacienda Pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves; en estos supuestos la sanción se ejecutará hasta que la resolución sea definitiva. Las leyes establecerán los procedimientos para la investigación e imposición de las sanciones aplicables de dichos actos u omisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas en las fracciones anteriores se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

La redacción adoptada por el constituyente permanente no precisa cuáles serán los parámetros para determinar las “faltas administrativas graves” por las cuáles los tribunales de justicia administrativa sancionarán a los particulares,

dejando esa decisión al arbitrio de los legisladores ordinarios de cada una de las entidades federativas y del Congreso de la Unión, poniendo como directriz la que establezca éste último en la Ley General que expida; situación que es por demás endeble a causa de la demostrada incapacidad de los legisladores ordinarios para combatir la corrupción en las contrataciones públicas, en el entendido de que en cada Legislatura los escenarios políticos cambian y con ellos, también cambian los acuerdos políticos comprometidos. Por lo que el sistema nacional anticorrupción penderá de un hilo en cada Legislatura, en perjuicio de la sociedad, con opción a escenarios fértiles para la corrupción por parte de servidores públicos (léase, partidos políticos) y empresarios poco escrupulosos.

## CAPÍTULO CUARTO

### NECESIDAD DE REFORMAR LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS PARA UN EFICAZ COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN LA VÍA PENAL Y ADMINISTRATIVA

#### 4.1 RESPONSABILIDADES ATRIBUIBLES A LOS PARTICULARES.

Resulta ineludible que la corrupción es un hecho social que se encuentra muy arraigado en los sistemas de contratación pública del Estado mexicano, lo cual pone a las empresas que pretenden participar en algún procedimiento de contratación en un esquema de competencia insana, afectando a los intereses de la ciudadanía ya que los servicios públicos se ven desabastecidos por la falta de competitividad del proveedor que ha ganado a base de corruptelas, obstaculizando así el desarrollo económico del país, pues se estima que alrededor del 70% del PEF.<sup>86</sup>

Por lo tanto estimamos favorable que el Estado mexicano pretenda hacer más efectivo el régimen jurídico de las responsabilidades atribuibles a los particulares dentro de los procedimientos de contratación pública.

A propósito de ello, Transparencia Internacional ha hecho una serie de recomendaciones a América Latina en torno al fortalecimiento del combate a la corrupción, las cuales consideramos necesario traer a colación, a fin de analizar su aplicabilidad en el marco jurídico mexicano.<sup>87</sup>

- Cumplimiento cabal al marco jurídico existente, más allá de promover nuevas reformas institucionales y legales.

---

<sup>86</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación; y de Estudios Legislativos, con proyecto de decreto que expide la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas. Diario de debates de la Cámara de Senadores del 31 de marzo de 2011.

<sup>87</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL: Departamento Regional América, Programa Global de Contrataciones Públicas. Contrataciones Públicas en América Latina: Instituciones, prácticas y riesgos de corrupción. Estudio del riesgo en los sistemas de las contrataciones públicas en 9 países.

- Fortalecer las medidas de control a nivel administrativo y judicial a fin de hacer efectivas las medidas de prevención.
- Generar una mayor transparencia, entendiéndose por ésta como el acceso a la información gubernamental de una manera plena, haciendo partícipe a la sociedad en los procedimientos de contratación pública.
- Mejorarse los modelos de contratación directa (en los que dicha figura es necesaria por las necesidades del servicio que lleva a cabo ciertas áreas del Estado) a través de facilitar el acceso a la información de esa clase de contratación para así facilitar procesos de monitoreo, control y rendición de cuentas.

Así pues, dichas recomendaciones se hacen necesarias en la realidad mexicana, por lo que la expedición de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas pareciera ir en contra de las recomendaciones sugeridas por los especialistas latinoamericanos que participaron en la elaboración del estudio referido de Transparencia Internacional, ya que el marco jurídico penal vigente –incluso antes de la expedición de la referida ley– lo consideramos en demasía vasto para enfrentar los fenómenos de corrupción que se presentan en los procedimientos de contratación pública.

El problema de fondo no es si las autoridades administrativas cuentan con facultades (previstas en leyes) que les permitan sancionar a los particulares que incurren en prácticas de corrupción, ya que, se insiste, el Ministerio Público (autoridad administrativa) contaba ya con amplias facultades para investigar dichos hechos y consignar ante el juez al presunto responsable.

En realidad el problema radica en que la Administración Pública en sentido amplio (administraciones del poder ejecutivo, legislativo y judicial) funge el doble papel de juez y parte, pues cada Poder de la Unión cuenta con su propia contraloría dependiente del mismo ente que pretende auditar, controlar y en su caso sancionar; ya sea a sus servidores públicos o bien a los participantes en los procedimientos de contratación.

Después de la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015, acertadamente se sientan las bases del régimen de responsabilidades de los particulares en materia de corrupción, presentando una exigencia tripartita muy parecido al régimen de responsabilidades de los servidores públicos, la cual es tetrapartita. Abundando en ello, el servidor público en cualquier nivel de gobierno se encuentra sujeto a responsabilidad civil, administrativa, penal y, de ser el caso, política; así lo dispone el artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la única limitante de que no se podrán imponer dos sanciones de la misma naturaleza por la misma conducta.

Cabe señalar que el artículo referido no posee la redacción originaria del constituyente de 1917, ya que esa redacción primigenia daba prioridad a las responsabilidades penales de los funcionarios públicos, para cuya procedencia debía la Cámara de Diputados erigirse en Gran Jurado para permitir o no que el funcionario fuese sujeto a la jurisdicción de los tribunales comunes. Si se trataba de delitos oficiales, correspondía a la Cámara de Senadores erigirse en Gran Jurado para la persecución de los delitos oficiales, previa acusación de la Cámara de Diputados. Por cuanto hace a la responsabilidad administrativa, consideraba como “falta oficial” a todos aquellos actos u omisiones que pudieren causar perjuicio a los intereses públicos y del buen despacho.

No obstante, dada la complejidad para que el servidor público fuese sancionado por la comisión de conductas irregulares, el fenómeno de la corrupción administrativa aumentó de manera exponencial. Tanto impactó a la sociedad la corrupción que en 1982 se produce la primer reforma constitucional al Título Cuarto de la Constitución, como producto de una política de Estado cuyo estandarte era la renovación moral.

Hicimos este paréntesis sobre la evolución del régimen constitucional de la responsabilidad oficial, ya que consideramos que una situación muy similar está sucediendo con las contrataciones públicas y la responsabilidad de los particulares que participan en ellas. Actualmente, según datos aportados por la iniciativa de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, las empresas destinan

entre un 5 y 10% de sus ingresos en sobornos, lo cual puede llevar a ser insostenible la sana participación en concurso de contratación pública.

Es por ello que consideramos necesaria una actuación sólida, directa y eficaz del Estado en contra de la otra cara de la corrupción: el particular.

Así las cosas, debe emprenderse un combate a la corrupción por ambas vías: administrativa y penal. Ya que hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, si determinada empresa incurría en prácticas de corrupción, el único sujeto de sanción penal era la persona física que llevaba a cabo las conductas delictivas, ello sin obviar el artículo 11 del Código Penal Federal<sup>88</sup> (el cual consideramos inaplicable a los tipos penales estudiados en el Capítulo III, apartado 5), por tanto, en el supuesto de que el Ministerio Público de la Federación ejerciera acción penal en contra de la persona física, la persona moral quedaba impune y podía seguir participando sin mayor impedimento en procedimientos de contratación pública con sus prácticas corruptas.

En ese orden de ideas, en los apartados restantes del presente trabajo señalaremos algunas propuestas de reformas que consideramos pertinentes para hacer armónico el combate a la corrupción con el marco jurídico vigente.

---

<sup>88</sup> **Artículo 11.-** Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

## **4.2 PROPUESTAS DE REFORMAS.**

### **a) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Se propone esclarecer desde la norma suprema del país, es decir la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de una manera clara y explícita el régimen de responsabilidades al que se pretende sujetar a las personas físicas y colectivas de derecho privado que participen en procedimientos de contratación pública.

Consideramos que el régimen de responsabilidades de los particulares en las contrataciones públicas no debe alojarse en el artículo 109 constitucional, dado que actualmente pareciera reglamentar un régimen de responsabilidades de los particulares en sentido amplio, al no limitar dicho régimen a las infracciones cometidas en los procedimientos de contratación pública.

En razón de ello, se estima prudente y necesario que el artículo 134 constitucional precise que toda persona física o colectiva de derecho que desee participar en procedimientos de contratación pública se encontrará sujeto al siguiente régimen de corresponsabilidad tripartita:

- Responsabilidad Administrativa.- A través del cual se le podrá sancionar por violaciones a los principios rectores de la contratación pública, a sus obligaciones contractuales, pudiendo ser multado o inhabilitado para poder participar en cualquier procedimiento de contratación pública, tanto federal, estatal como municipal.
- Responsabilidad Penal.- Merced al cual le será reprochado la violación a los bienes jurídicos tutelados para el adecuado funcionamiento de la administración pública como contratante, pudiendo ser sancionado con multa y prisión.

- Responsabilidad Civil.- Derivado de las acciones que prevean el Código Civil aplicable dentro de las relaciones contractuales que tenga con el Estado.

**b) LEYES REGLAMENTARIAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Se propone agrupar bajo este rubro a toda la legislación aplicable, ya que, como se advirtió en el capítulo II del presente trabajo recepcional, la legislación aplicable adolece de criterios difusos y en ciertos casos contradictorios con los principios señalados en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual representa un verdadero problema para el combate eficaz de la corrupción.

En este orden de ideas, advertimos que mientras la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (aplicable a la materia federal, sólo por cuanto hace al Poder Ejecutivo, por regla general) y el Acuerdo General de Administración VI-2008 emitido por el Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se esfuerzan por transparentar sus procedimientos de contratación; la Norma de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Cámara de Diputados abre un camino amplio para la discrecionalidad en sus contrataciones, ya que mina a la licitación pública abriendo un amplio margen de excepciones al concurso de licitación.

Es por ello que se considera necesaria la expedición de una Ley General en materia de Contrataciones Públicas, aplicable a todos los niveles de gobierno, incluyendo sus tres poderes y organismos con autonomía.

Aunado a lo anterior, se debe generar una mayor apertura a la participación ciudadana en cualquier procedimiento de contratación pública (salvo que ello afecte temas de seguridad nacional), ya que actualmente la figura del Testigo Social dista mucho de esa apertura, tan es así que para poder fungir ese rol en

determinados procedimientos de contratación se requiere acreditar un amplio reconocimiento y grado de especialización académico.

Por último, si el Estado mexicano pretende llevar a cabo un efectivo combate a la corrupción en las contrataciones públicas, es menester que el órgano fiscalizador encargado de ejercer el poder sancionador del Estado, no se encuentre dentro de la estructura orgánica del sujeto a fiscalizar y que el personal de dicho órgano fiscalizador no se encuentre sujeto a designaciones y remociones de índole político.

Lo anterior es imprescindible, ya que actualmente los Órganos Fiscalizadores si bien no pertenecen jerárquicamente a las dependencias y entidades fiscalizadas, padecen dos características peculiares. La primera de ellas consiste en que en algunos casos sí dependen administrativa y presupuestalmente del ente fiscalizado, lo cual incide generando conflictos en la actuación imparcial y objetiva del fiscalizador. La segunda de ellas, es que en todos los casos los entes fiscalizadores y los entes fiscalizados dependen jerárquicamente de un mismo superior jerárquico, a quien guardan deberes de obediencia y que ejerce sobre ambos un deber de mando; lo cual genera cierto margen de opacidad en el marco de la fiscalización efectiva, pues las faltas u omisiones a los ordenamientos en materia de contrataciones públicas pueden quedar impunes al amparo de un acuerdo político, y, por tanto, atenta contra los principios de las contrataciones públicas previstos en el artículo 134 constitucional.

**c) CÓDIGO PENAL FEDERAL.**

Hemos sostenido en el Capítulo III, apartado 5 del presente trabajo recepcional, que el delito previsto en el artículo 217 del Código Penal Federal relativo al “uso indebido de atribuciones y facultades” –mismo que prevé como sujetos activos tanto a servidores públicos como a particulares– deviene en una tipificación sumamente amplia y rigorista en razón del uso de la palabra “indebido”, la cual alude a un incumplimiento del ordenamiento legal sin importar la intención

de causar un daño al bien jurídico tutelado. Ello en razón de que la función administrativa es una actividad humana imperfecta, susceptible de errores.

Atendiendo a que el tema central de la presente tesis es analizar el poder sancionador del Estado en las contrataciones públicas y que consideramos que el artículo 217 del Código Penal Federal representa un verdadero instrumento de combate a la corrupción, se propone reformar dicho tipo penal a fin de acotarlo a la persecución de las conductas verdaderamente contraventoras al régimen jurídico de las contrataciones públicas con un ánimo de lucro o la obtención de un beneficio para sí o para una tercera persona, que generalmente se presenta cuando el área encargada de contratar a proveedores simula procedimientos de contratación sin una justificación real de las condiciones del mercado.

Aunado a lo anterior, y, aunque no fue tema de investigación de este trabajo, pero consideramos que guarda una íntima relación con el combate a la corrupción desde el punto de vista del Derecho Penal, se advierte que la persecución del delito actualmente adolece de la misma deficiencia de los órganos fiscalizadores en la materia administrativa, es decir, el órgano encargado de la investigación de las conductas que pueden ser constitutivas de delito pertenece a la misma estructura orgánica de uno de los agentes partícipes en el fenómeno de la corrupción: la dependencia o entidad contratante.

Por tanto consideramos oportuno integrar a la mesa de debate sobre el combate a la corrupción el tema de la independencia del Ministerio Público, a efecto de generar una solución integral al principal obstáculo para conseguir que los principios previstos en el artículo 134 constitucional en materia de contrataciones públicas.

## CONCLUSIONES.

**Primera.-** La contratación pública es una necesidad básica del Estado mexicano que se encuentra presente incluso desde antes de su nacimiento como tal, es decir, desde la Época Colonial.

Consideramos que la contratación pública reviste el carácter de necesidad básica, desde que se le delega al administrador público (ya sea impuesto o elegido democráticamente) la delicada tarea de crear condiciones mínimas de habitabilidad de las ciudades y poblaciones que lo integran, buscando generar crecimiento económico, progreso y una calidad de vida aceptable para sus pobladores. En razón de ello es que se genera la necesidad de construir vías de comunicación, alojar las oficinas del gobierno en inmuebles propios, financiarse de activo fijo e insumos para el debido funcionamiento de la administración; actividades que la Administración Pública no puede sostener por sí misma, sino que tiene que apoyarse de la iniciativa privada para la satisfacción de dichas necesidades.

**Segunda.-** La contratación pública ha adquirido dimensiones amplísimas, ya que el crecimiento del Estado ha sido exponencial. Tal situación vuelve a dicho mercado un atractivo muy fuerte para empresarios ávidos de hacer negocio con la Administración Pública, lo cual es completamente válido.

Sin embargo, la contratación pública implica tener en cuenta que los recursos que son utilizados para pagar las contraprestaciones de los proveedores y contratistas, son recursos recaudados a la población vía impuestos, y por tanto la administración no puede ejercer dichos recursos de una manera irresponsable, por no ser suyos. Por otra parte el sinnúmero de contratos que llega a celebrar el Estado es, desde luego, un instrumento que incentiva la productividad de miles de empresas en todo el país, generando una derrama económica importante.

**Tercera.-** Toda empresa particular siempre buscará obtener los mayores rendimientos y generar la mayor riqueza para sí, lo cual es completamente legítimo y entendible. Pero en tratándose de contrataciones públicas, tal interés de los particulares en querer hacer negocio con la Administración Pública ha llevado a deformar dicha figura contractual, ocasionando un problema con dos agentes necesarios: el servidor público y el empresario, ambos jugando sucio en un ambiente insano de corrupción.

Hoy por hoy, se conoce coloquialmente como “diezmo” o los “moches” a la cuota que el particular tiene que entregar al servidor público para asegurar el triunfo en el concurso de licitación pública. Sin embargo el problema no concluye ahí, tenemos que sumarle a los concursantes que se dejan ganar a cambio del triunfo en otro procedimiento, la creación de personas morales con la finalidad única de simular un procedimiento de contratación pública, entre otros.

**Cuarta.-** Lo anterior incide directamente en la calidad de los bienes y servicios que son adquiridos por el Estado, redundando así en una prestación deficiente de los servicios públicos que presta él mismo, ya que los fines que buscan los procedimientos de contratación pública (obtener las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad, etc.) se ven vulnerados con las prácticas corruptas.

Aunado a lo anterior, la competencia económica de las empresas se ve afectada, pues dadas las condiciones de corrupción para poder competir y ganar en una contratación pública, no se hace más que orillar a las demás empresas a entrar al círculo de corrupción y destinar un porcentaje de sus ganancias a la entrega de dádivas.

**Quinta.-** El fértil campo de la corrupción en las contrataciones públicas no solamente repercute en el ámbito de la Administración Pública, sino que incide también en la vida democrática del país, ya que se vuelve también una especie de “botín político” de los titulares de dependencias, entidades y funcionarios de elección popular, pues generalmente los empresarios que desean verse

favorecidos por el candidato invierte en la campaña política de este último con la finalidad de verse favorecido con la deferencia de ganar determinados contratos, dejando de lado el espíritu del artículo 134 constitucional.

**Sexta.-** Es por ello que consideramos indispensable contar con un régimen eficiente de combate a la corrupción en las contrataciones públicas que trascienda más allá de un sexenio, que sea una política de Estado perenne.

Lo anterior implica que el sistema jurídico mexicano sea un conjunto armónico, libre de vicios de inconstitucionalidad y con las herramientas jurídicas e instituciones capaces de combatir de una manera frontal e integral el combate a la corrupción, retomando en este punto las propuestas de reformas al sistema jurídico imperante en el país planteadas en el Capítulo IV del presente trabajo recepcional.

En este sentido, consideramos que en el ámbito penal el combate a la corrupción en las contrataciones públicas es suficientemente rígido y –de haber voluntad política en los titulares de los órganos de procuración de justicia– podría ser sumamente eficaz al ser aplicado de manera irrestricta.

No obstante no debemos obviar que si bien en el ámbito penal se puede sancionar con prisión a la persona física que incida en prácticas corruptas, ¿qué hay con la ganancia que ya obtuvo, o que podría seguir obteniendo? Supongamos que por deficiencias en la integración de la averiguación previa o en el proceso, la persona física responsable no hubiere sido sancionada penalmente; su empresa por su parte seguirá operando. Lo anterior ya está siendo atendido por la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, sin embargo podría darse el caso de que una persona al verse sancionado dos veces (en la vía administrativa y penal) pudiera alegar violación al derecho humano de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Es por ello que se insiste en la necesidad de esclarecer el régimen constitucional y legal de responsabilidades de los proveedores y contratistas, a efecto que desde la norma máxima del país se prevea la responsabilidad dual del concursante que desee contratar con el Estado, ello sin

perjuicio de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de sus obligaciones.

**Séptima.-** Es de vital importancia que para que el combate a la corrupción en contrataciones públicas en ejercicio del poder sancionador del cual el Estado se encuentra investido, es menester que los organismos encargados de tan delicada tarea sean independientes no sólo estructuralmente (como acontece en la actualidad), sino también jerárquicamente.

Tanto la Secretaría de la Función Pública (así como sus similares en los distintos órdenes de gobierno), como el Ministerio Público deben ser entes autónomos, a fin de que sus investigaciones e imputaciones sean lo suficientemente objetivas, ajenas a negociaciones políticas de cualquier índole.

**Octava.-** En recientes fechas (noviembre de 2014) ha estallado una serie de escándalos en la opinión pública a causa del “presunto” conflicto de intereses entre el titular del Poder Ejecutivo Federal, su círculo cercano y el grupo contratista al que le fue asignado el mayor monto de contratos cuando aquel fuera titular del Poder Ejecutivo del Estado de México.

En esa tesitura, a dicho contratista (junto con el resto de empresas con las cuales presentaron propuesta conjunta) le fue revocado el fallo licitatorio para diseñar y ejecutar una obra pública entre el Distrito Federal y el estado de Querétaro, ello como parte de una estrategia de “control de daños políticos” originada por la inminente salida a la luz pública de un reportaje –*La Casa Blanca de EPN*- que evidenciaba el conflicto de intereses entre el titular del Poder Ejecutivo Federal y el contratista.

Resulta muy cuestionable tal decisión, pues el flujo de información parece indicar que dicha decisión no atiende a razones jurídicas sino políticas para revocar el fallo, ya que si el procedimiento de licitación era legal e incuestionable, ¿por qué habría de revocarse?

A ello habría que sumarle las consecuencias jurídicas, económicas y presupuestarias que implica dicha revocación, pues los proyectos de infraestructura (obra pública) no pueden estar a merced de los vaivenes políticos.

Así, pues, el derecho positivo mexicano en materia de combate a la corrupción debe ser lo suficientemente fuerte para hacer frente a estos embates.

**Novena.-** Los entes fiscalizadores sin facultades efectivas de coacción devienen en instituciones “cascarón”, a las cuales se les designa una partida presupuestaria destinada a la nada.

Ahora bien, los entes fiscalizadores se encuentran a cargo de personas físicas que son ciudadanos mexicanos con una importantísima misión, la cual debe ser entendida como una herramienta de crecimiento nacional y no como un mero trabajo burocrático de tramitación de procedimientos administrativos de investigación y sanción.

Por ello es que dichos entes fiscalizadores han de contar con facultades eficaces de prevención y sanción que no resulten paliativos al complejo hecho social de la corrupción. Y una vez contando con estas facultades, los servidores públicos a cargo de su ejecución, deben hacer uso de ellas sin miedo al desconocimiento de lo inexplorado en este país, es decir, dichos servidores públicos no deben tenerle miedo a prevenir y combatir frontalmente la corrupción en las contrataciones públicas.

**Décima.-** El combate a la corrupción en las contrataciones públicas debe ser entendido como una estrategia integral, que por una parte implica lo planteado en el presente trabajo recepcional, pero que necesariamente debe ir acompañado de medidas relacionadas.

La respuesta debe ser integral ya que el problema también lo es. Por tanto, no pueden descuidarse los avances en materia de rendición de cuentas, gobierno abierto y transparencia; así como impulsar una profunda reforma hacia un régimen general de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, una

respuesta efectiva y eficaz del Estado hacia los particulares cuando su actuación es irregular, así como hacer efectiva la posibilidad de que el .estado repita en contra de sus servidores públicos cuando haya sido condenado a resarcir daños.

Lo anterior sin dejar de lado el ámbito educativo de la sociedad, ya que para que un empresario o servidor público sea corrupto, tuvieron que haber pasado varias decenas de años de formación escolar y familiar en la cual se han tolerado actos de corrupción, desde la mentira piadosa hasta el soborno de autoridades.

Sin lugar a dudas es un reto que no se conseguirá de la noche a la mañana y tardará algunas décadas en ser real, pero si no comenzamos hoy ¿cuándo habremos de conseguirlos?

**PROPUESTA.**

<b>TEXTO ACTUAL</b>	<b>TEXTO PROPUESTO</b>
<p>Artículo 134.- Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.</p> <p>Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 74, fracción VI y 79.</p> <p>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.</p> <p>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</p>	<p>Artículo 134.- Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.</p> <p>Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 74, fracción VI y 79.</p> <p>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.</p> <p>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</p>

<p>acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.</p> <p>El manejo de recursos económicos federales por parte de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.</p> <p>Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.</p> <p>Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.</p> <p>La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.</p> <p>Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el</p>	<p>acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.</p> <p>El manejo de recursos económicos federales por parte de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.</p> <p>Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.</p> <p>Los servidores públicos de la Federación, los Estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.</p> <p><b>Los particulares serán corresponsables del cumplimiento de las presentes bases tanto en la vía administrativa, civil y penal, cuyos procedimientos para la aplicación de las sanciones correspondientes se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.</b></p> <p>La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno,</p>
--	--

<p>régimen de sanciones a que haya lugar.</p>	<p>deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.</p>
<p><b>Artículo 217:</b> Comete el delito de ejercicio indebido de funciones y atribuciones: I.- El servidor público que indebidamente: <b>A)</b> Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; <b>B)</b> Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; <b>C)</b> Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal. <b>D)</b> Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos.</p>	<p><b>Artículo 217:</b> Comete el delito de ejercicio indebido de funciones y atribuciones: I.- El servidor público que indebidamente: <b>A)</b> Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; <b>B)</b> Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; <b>C)</b> Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal. <b>D)</b> Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos. <b>Para efectos del presente inciso se considerará que la contratación pública se realizó de manera indebida, cuando la misma se haya realizado sin una justificación sobre las condiciones reales del mercado.</b></p>

## BIBLIOGRAFÍA.

Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 10ª ed., México, Editorial Porrúa, 1961.

Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 20ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

Carbonell, Miguel. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Editorial Porrúa, coeditada con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 24ª ed., México, Editorial Porrúa, 1987.

De la Madrid Hurtado, Miguel, *El pensamiento económico en la Constitución Mexicana de 1857*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1986.

De la Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las obligaciones*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 2009.

González Sandoval, Rodrigo, *La licitación pública y el contrato administrativo. Aplicación y medios de defensa*, México, Editorial Porrúa, 2008.

Hidalga, Luis De la, *Historia del Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2002.

Jimenez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano. Tomo V. La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad*, 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 2003.

Márquez, Daniel. *Función jurídica de control de la Administración Pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

Muñoz, Rafael F., *Santa Anna. El dictador resplandeciente*, 5ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Nava Negrete, Alfonso, *Contrato de Obra Pública, Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 21ª ed., México, Editorial Porrúa, 2010.

Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, vol. 3, México, Editorial Oxford University Press, 2003.

Reyes Heróles, Federico, *Corrupción: de los ángeles a los índices. "Cuadernos de Transparencia" del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental*, 6ª ed., México, 2008.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 22ª ed., México, Editorial Porrúa, 2007.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo, segundo curso*, 24ª ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del Derecho Mexicano*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 2009.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 25ª ed. actualizada, México, Editorial Porrúa, 2008.

Valadés, José C., *El Porfirismo. Historia de un régimen*, t. II: El Crecimiento I, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

### **Fuentes electrónicas.**

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_orig\\_05feb1917\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf)

<http://www.apartados.hacienda.gob.mx/ptp/cpc/2012/>

### **Otras fuentes.**

Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación; y de Estudios Legislativos, con proyecto de decreto que expide la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas. Diario de debates de la Cámara de Senadores del 31 de marzo de 2011.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL: Departamento Regional América, Programa Global de Contrataciones Públicas. Contrataciones Públicas en América Latina: Instituciones, prácticas y riesgos de corrupción. Estudio del riesgo en los sistemas de las contrataciones públicas en 9 países.

### **Diccionarios y Enciclopedias.**

LOS DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES. Tomo VIII. Antecedentes y evolución de los artículos 107 a 136 constitucionales. Segunda edición. Congreso de la Unión-Cámara de Diputados-L Legislatura. Editorial Manuel Porrúa, S.A. México 1978.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.