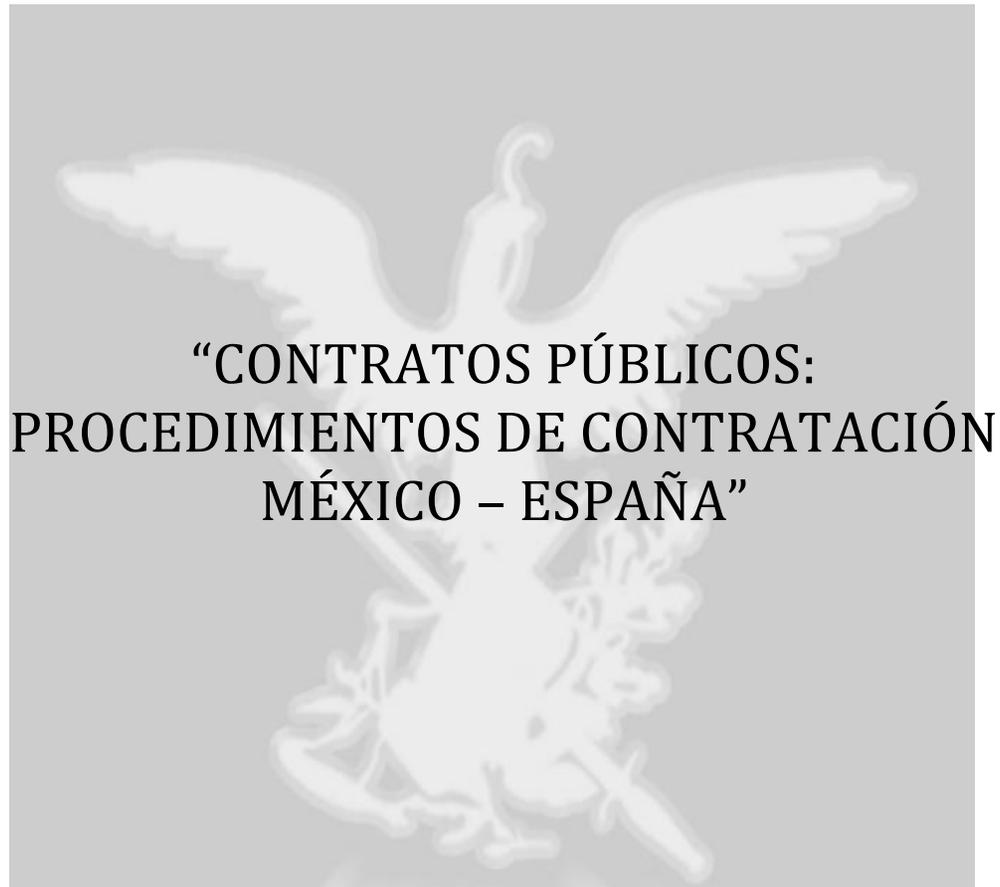


SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



“CONTRATOS PÚBLICOS:
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN
MÉXICO – ESPAÑA”

LICENCIADA AZARAÍ FARAH MONDRAGÓN BADILLO
AGOSTO, 2010.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

El proceso de integración europea sigue la estrategia SCHUMAN-MONNET, basada en una paulatina integración económica que, de acuerdo con el plan formulado en 1950, provocaría la integración política. Todavía al día de hoy, sin embargo, las principales competencias de la Unión son de tipo económico, aunque progresivamente avancen hacia políticas de defensa y seguridad interior y exterior común.

La unidad europea ha supuesto el surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico que afecta prácticamente a todas las fuentes del Derecho, y muy señaladamente a las fuentes del Derecho económico. El original Derecho comunitario – hoy Derecho de la Unión Europea – se compone de los Tratados (Roma, Acta Única, Maastricht, Ámsterdam, Niza, Lisboa) y el Derecho derivado, producido por las instituciones comunitarias con poder normativo: la Comisión Europea y el Consejo Europeo. El Parlamento Europeo no tiene aún capacidad normativa semejante a las de sus homónimos nacionales, lo que se interpreta como un déficit democrático de la Unión, aunque en los últimos tratados (Maastricht, Ámsterdam, Niza, Lisboa) sus poderes de codecisión se hayan incrementado, especialmente en el ámbito del presupuesto y en lo relativo al control del poder ejecutivo.

El Derecho administrativo europeo es un resultado jurídico de este proceso de integración, y consiste básicamente en el proceso de mutua influencia para el desarrollo de los Derechos nacionales y las normas europeas, en materias de intervención administrativa. Los contratos públicos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado o el control jurisdiccional de las Administraciones han experimentado considerables avances gracias al intercambio de experiencias, que trae como resultado muchas veces la generalización como modelo de la mejor de todas las ensayadas en el panorama

europeo, y su traducción en directivas, reglamentos, o sentencias del Tribunal de Justicia.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

El derecho administrativo español se ve influenciado por la herencia que recibe del derecho administrativo francés derivado de la pugna por determinar quién debía juzgar a la administración.

Es tal la influencia que se manifiesta ya en la constitución de Cádiz, la cual era judicialista, es decir, eran los jueces los encargados de juzgar a la administración aun a pesar de que no hubiera disposición en ella que otorgase a los jueces tal función. Pero será más tarde cuando por fin surjan las bases de lo que en un futuro configurará el derecho administrativo español, concretamente a partir de la Constitución Española del 37. Ésta fue la que iniciará el proceso de construcción de un estado moderno y asentará las bases de lo que será el derecho administrativo, pero curiosamente lo hará sin hacer mención a ello. Es entonces, cuando de forma casi burocrática, se desarrolla por reales decretos el derecho administrativo español surgiendo así ideas como inembargabilidad de los bienes públicos a diferencia de lo que ocurre en EEUU, imposibilidad de juzgar a funcionarios, etc., creándose el consejo de estado español, el cual deberá juzgar a la administración y que aunque en un principio fuera de carácter consultivo finalmente adquirirá un carácter judicial.

Esto es, se configura un derecho administrativo deudor del francés y que en muchos aspectos coincide con éste. Es más, el derecho administrativo, a diferencia del derecho civil, otorga a la administración esferas mayores y excepcionales creándose así una situación de desigualdad entre el ciudadano y la administración y siempre a favor de la administración.

Cabe aclarar que el derecho administrativo no dispone del principio de la voluntad sino que por el contrario está limitado materialmente por la Constitución y concretamente por el artículo 103 que establece que la administración sirve para

los intereses generales, así como por el diverso 9 que prohíbe que la administración incurra en ningún tipo de arbitrariedad.

Además, por su consideración de derecho privilegiado y en un intento de agilizar su funcionamiento se le dota de una serie de prerrogativas que en ocasiones pueden llegar a ser abusivas y que son:

1. Autotutela: es la propia administración quién resuelve sus propios conflictos ya que los actos de la administración se presuponen judicialmente validos.
2. Autotutela ejecutiva: además de decidir tiene derecho a ejecutar la decisión. Es una característica exclusiva del derecho administrativo español y que no se da en ningún otro derecho continental.
3. Inembargabilidad de bienes públicos.

Actualmente, esos privilegios se han matizado, en lo concerniente a España la “Ley Paredes” estableció lo que se conoce como el sistema mixto y en 1956 se creó el sistema de control judicial.

El derecho administrativo español de antes de la mitad del siglo XX era un derecho con un marcado favoritismo en pos de la administración. Sin embargo, todo estaba por cambiar debido por una parte al fracaso del nacional- catolicismo que se intentó llevar a cabo por Franco y por otra a la alianza que se produjo con EEUU y Europa Atlántica como consecuencia del fracaso del mismo y en un intento de tapar ese fallido intento. Es cuando ese derecho administrativo con poderes desmesurados ve su final.

Ello, se debió principalmente al hecho de que para que la alianza contraída surtiese efecto y empresas extranjeras invirtieran en España era necesario poder dar ciertas garantías a esas inversiones y claro estaba que con una administración prácticamente omnipotente eso no podía asegurarse.

Por todo ello, se dota de un entramado jurídico al derecho administrativo español propio de un estado de derecho y la cual se debió principalmente a tres leyes:

1. Ley de expropiación forzosa de 1954.
2. Ley de jurisdicción contencioso-administrativo de 1956: comienza el control judicial de la administración excepto en los actos políticos.
3. Ley de procedimiento administrativo de 1958: establece el procedimiento a seguir en las actuaciones de la administración y los derechos de los ciudadanos.

Tras la muerte de Franco y una vez iniciada la constitución es cuando finalmente se desarrolla el derecho administrativo español. El nuevo texto constitucional, es decir, la Constitución Española del '78 genera un impacto sobre el derecho administrativo a partir de unos postulados muy básicos:

- Artículo 9.2 fija la normatividad de la CE, es decir la constitución es la norma suprema y como tal el resto de normas infraordenadas deben de resultar coherentes con ésta para poder ser aplicadas.
- Artículo 103 limita materialmente la actuación de las administraciones públicas supeditándolas al interés general y estableciendo que deben actuar con eficacia.
- Artículos 102 y 103 le otorgan una reserva de ley.
- Artículo 105 establece mandato al legislador para poder reconocer derechos a los ciudadanos como derecho de audiencia, acceso a los registros, a escuchar alegaciones,

Además de estos derechos la CE reconoce una serie de derechos fundamentales como en el artículo 24 en el que se establece la tutela judicial efectiva - derecho a que los conflictos los resuelvan los jueces - y se establecen medidas de justicia cautelar del derecho administrativo Español.

III. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al inicio de la segunda mitad del siglo XX, el derecho administrativo, pese a su relativamente corta existencia de poco más de un siglo, ya había sufrido sucesivas transformaciones que daban constancia de su carácter de derecho en construcción.

Atrás habían quedado, al mediar el siglo pasado, muchos criterios anteriormente usados para estructurar y definir al derecho administrativo, como el legalista, que viola la regla elemental de la definición al incluir en ésta lo definido, pues lo explica como el conjunto de leyes administrativas, incurriendo en la falacia de la definición circular, al requerir aclarar lo que son las leyes administrativas para entender lo que conforme a este criterio legalista es el derecho administrativo.¹

En el ocaso del siglo XIX, como en los albores del siglo XX, cobra auge pasajero el criterio de la actividad total del estado para definir al derecho administrativo, habida cuenta que sus impulsores, Lorenz Von Stein, G. Meyer y Santi Romano, entre otros, lo consideraban como el relativo a la administración pública, entendiendo por ésta toda la actividad del Estado.

Otro criterio ya superado desde mediados de este siglo, pretendía explicar al derecho administrativo como el destinado a regular la actividad del Poder Ejecutivo. Este criterio llegó a tener muchos seguidores, mas perdió presencia cuando se advirtió que tal derecho no regulaba toda sino sólo una parte de la actividad del poder mencionado.

De igual manera, a mediado del siglo XX el derecho administrativo había dejado de tener como eje central al servicio público, con evidente abandono del criterio propuesto por Leon Duguit y Gastón Jèze, tan en boga en la segunda y

¹ José Gascón y Marín "Tratado de derecho administrativo", Madrid, España, 1928, Tomo I.

tercera décadas del siglo XX, conforme al cual, en la versión de Duguit “el Derecho Público – no sólo el administrativo – es el Derecho objetivo de los servicios públicos”², y según Jèze “el Derecho público y administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.”³

De esta suerte, en la segunda mitad del siglo XX, el derecho administrativo va a mostrarse – de acuerdo a un criterio mixto – como un ordenamiento jurídico que regula la estructura, la organización, el funcionamiento y las relaciones de la administración pública en sus distintos niveles y modalidades, bajo características específicas de prerrogativas y restricciones que lo diferencian de los que regulan la organización y actividades tanto de los particulares como de otros sujetos de derecho público.

Obviamente, la existencia de un derecho administrativo específico precisa que el ordenamiento jurídico regulador de la administración pública sea básicamente distinto a los que regulan la instalación y el funcionamiento de los órganos legislativos o de los órganos jurisdiccionales, así como diferente también al que rige las relaciones entre particulares, habida cuenta que el derecho administrativo cobra identidad cuando deviene sistema normativo distinto en lo fundamental al que rija las relaciones entre particulares. En tanto ello no ocurrió, la regulación de la organización y funcionamiento de la administración pública y de sus relaciones con los particulares continuó bajo las reglas del derecho privado, con excepciones para casos específicos de nuevo cuño que no admitían la aplicación del derecho ordinario; cuando las excepciones se multiplicaron y su materia versó sobre aspectos sustanciales, se hubo de reconocer que se trataba de un sistema normativo especial diferente al derecho ordinario.

² Duguit, León “Las transformaciones del derecho público”, trad. de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Madrid, España, Librería Española y Extranjera, 1915.

³ Jèze, Gastón “Principios generales del derecho administrativo”, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Argentina, Editorial De Palma, 1948, Tomo I.

Así, a mediados del siglo pasado no sólo se considera al derecho administrativo como una rama del derecho público sino, como hace notar Juan Alfonso Santamaría Pastor, se da por descontado que cuando menos uno de los sujetos de las relaciones reguladas por las normas jurídico-administrativa sea una administración pública.⁴

Desde aquella época la administración pública admite dos interpretaciones, en sentido orgánico o formal se entiende como la entidad integrada por las áreas del Poder Ejecutivo dotadas de competencia y de recursos para procurar la satisfacción de los intereses generales, y en sentido material o funcional se interpreta como la actividad de dicha entidad para realizar su cometido.

Ahora que en sentido amplio, la administración se ha explicado como el conjunto de áreas del sector público a cuyo cargo está el desarrollo de la función administrativa, entendida ésta como la acción dirigida al cumplimiento de la ley, a la preservación del orden y del interés públicos y al logro de los fines del Estado.⁵

Otro supuesto del derecho administrativo, que data de aquella época, ha sido el de que la administración pública, como codepositaria que es del poder público, debe estar investida de potestad pública o autoritaria, situación que no se da en el ámbito de los particulares, quienes carecen de tal potestad; tampoco se impone a ellos un conjunto de restricciones como las aplicables a la administración pública, que contribuyen a caracterizar y diferenciar al derecho administrativo hasta hacerlo un derecho específico que establece prerrogativas o atribuciones y restricciones o cortapisas peculiares.

⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso "Principios de derecho administrativo", Madrid, España, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

⁵ Parada, Ramón "Derecho Administrativo", Tercera ed., Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 1991, Tomo I.

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En cuanto a las prerrogativas peculiares de la administración pública ya admitidas al inicio de la segunda mitad del siglo XX, podemos mencionar, entre otras, las siguientes:

a) Expedir leyes en sentido material, que no otra cosa son los reglamentos, merced a la facultad reglamentaria de que se inviste a quien jefatura la administración pública.

b) Formular declaraciones unilaterales de voluntad con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos, así como ejecutarlas sin intervención de la autoridad judicial gracias a la facultad que la doctrina denomina “de autotutela”

c) Celebrar actos bilaterales de tipo contractual con los privilegios inherentes a su situación jurídica, con subordinación a una relación preestablecida de derecho público o a supuestos expresamente previstos para regular tal relación en aras del interés público.

RESTRICCIONES IMPUESTAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En lo concerniente a las restricciones impuestas desde hace tiempo a la administración pública, cabe recordar, entre otros aspectos, los que se mencionan a continuación:

a) La sujeción de su actividad a procedimientos formales y trámites precisos para garantizar su legalidad, su imparcialidad y la igualdad de trato de los administrados.

b) El control presupuestal de su actividad por parte del Poder Legislativo, mediante la aprobación del presupuesto al que debe sujetar su gasto.

c) El control contable y financiero de su actividad a través de la revisión de la cuenta pública practicada por el tribunal de cuentas u órgano de fiscalización superior en México – la Auditoría Superior de la Federación –, sin perjuicio del autocontrol a que se someta la propia administración.

d) En el modelo francés, el control de su actividad mediante el tribunal contencioso-administrativo o por medio de los órganos jurisdiccionales ordinarios cuando se somete al derecho ordinario.

Considerando lo anteriormente expuesto, es dable concluir que el Derecho Administrativo es una rama del derecho público, que en el marco jurídico constitucional, funge como regulador de la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines, incluyendo el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y el ejercicio de la función administrativa.

No es óbice a lo anterior, señalar que en la actividad del Estado se presentan casos en los que el Poder Público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que forman parte de las instituciones del derecho privado sin desprenderse de su carácter de Poder Público y por eso mismo en dichos casos la legislación aplicable se ve influenciada por tales circunstancias, de modo que al lado del Derecho Público y del Derecho Común, también son aplicables al Estado en algunas de sus relaciones normas del Derecho Privado que han sufrido una adaptación a las condiciones especiales significadas por la intervención del Poder Público, creándose así un Derecho Privado especial para el Estado, que con el Derecho Común y el Derecho Público forman el conjunto de normas que regulan el funcionamiento de la administración.

Así pues, forman parte del Derecho Administrativo no solamente las normas del Derecho Público, sino también las normas del Derecho Privado especial que rige la Administración, Derecho Privado Especial aplicable a determinadas relaciones en las que el Estado interviene.

Se habla de Derecho Privado Especial en cuanto a su aplicación, porque el Estado nunca puede llegar a tener una relación jurídica, una situación idéntica a la de un particular, pues no puede prescindir de su carácter de poder público del

cumplimiento de las finalidades que persiguen y del medio en que desarrolla su actividad.

En este tenor, y a fin de clarificar si el orden jurídico bajo el cual se realiza la función administrativa es exclusivamente del Derecho Público, cabe anotar que la existencia del Derecho Privado Especial abre un espacio donde se establece la normatividad que regula las relaciones entre el Estado y los particulares en la celebración de contratos, donde se debe cumplir para su validez con los requisitos esenciales, como la capacidad de los contrayentes y de donde se desprende la necesidad de que el derecho que regule los actos de la administración no siempre sea precisamente ni el derecho público ni el derecho común, sino normas jurídicas en las cuales se toma en consideración la situación que conserva el Estado, aún en las relaciones en que puede aparecer semejante a un particular, es decir, normas que constituyen el derecho civil especial.

Por lo expuesto, cabe anotar que el orden jurídico de la función administrativa no es exclusivamente de derecho público en virtud de la existencia de las normas que constituyen el derecho civil especial y por ser éste un punto de enlace normativo de la relación del Estado con los particulares en el contrato administrativo.

IV. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Es aquél que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público. Es posible que el contrato administrativo tenga como partes contratantes a dos órganos de la administración, aunque en la práctica administrativamente se prefiera hablar de convenios administrativos. Nada impide también que en estos últimos las partes sean la administración y los particulares.

Al respecto, Gabino Fraga considera que “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo”⁶. Por su parte, Andrés Serra Rojas, los define como un acuerdo de voluntades celebrado, por una parte la Administración Pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado.

Ahora bien, de conformidad con la legislación española aplicable al respecto, los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, siempre que se celebren por una Administración Pública, tendrán carácter administrativo. Asimismo, los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan la naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico administrativo específico de la

⁶ Fraga, Gabino “Derecho Administrativo”, 22ª ed., México, editorial Porrúa, 1982.

Administración contratante, por satisfacer de forma directa o indirecta una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.⁷

Por otro lado, en el mismo ordenamiento se consideran contratos privados todos los demás y explícitamente los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables⁸.

⁷ Artículo 19 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

⁸ Artículo 4, inciso p, de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

V. UN CONCEPTO COMÚN DE CONTRATO PÚBLICO EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA: LA NORMALIZACIÓN INTERNACIONAL DEL CONCEPTO.

El derecho español ha servido de modelo a muchos ordenamientos latinoamericanos en el desarrollo de algunas de sus instituciones administrativas, aunque América Latina es un crisol de influencias jurídicas variadas, observándose también tendencias próximas a las estrategias de regulación de los Estados Unidos. En lo que respecta al régimen de los contratos públicos, sin embargo, no cabe duda de que la marca europea (de inspiración francesa) se proyecta sobre las tradiciones jurídicas latinoamericanas. Basta con leer el título de las normas reguladoras de esta materia, junto con la literatura producida sobre las mismas, para comprobar el empleo de conceptos clásicos en Europa y España, como “Contratos de la Administración” o “contratos administrativos”. No encontrándose en cambio referencias a la traducción oficial del vocablo estadounidense para titular las leyes (procurement: adquisiciones), a pesar de ser éste el concepto manejado por instituciones como el Banco Mundial en sus exigencias de regulación de la materia.

Desde luego, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el Banco Mundial (BM) han tenido un importante papel en el desarrollo de las normativas de contratos públicos de algunos países (Perú), pues si existía una tradición reguladora en Estados con culturas jurídicas más avanzadas (Argentina), en otros (Colombia) la aprobación de una normativa detallada ha tardado más en producirse. En todos ellos, sin embargo, y a pesar de la presión de las compañías transnacionales, se ha mantenido el modelo de contrato administrativo europeo, concediendo a estos contratos un régimen distinto al propio de los celebrados entre sujetos privados, tanto en lo relativo a las relaciones entre el contratista y la Administración, marcadas por prerrogativas exorbitantes, como en el régimen de los procedimientos selectivos, caracterizados por la exigencia de un trato igual, objetivo y comparativo de las ofertas presentadas por las empresas interesadas en realizar un encargo para la Administración.

En Europa, reconociendo la inspiración francesa, también es preciso recordar que la dogmática española ha dedicado grandes esfuerzos a la definición del contrato administrativo (ARIÑO ARTIZ, 2002), siendo un tema debatido hasta nuestros días (GONZÁLEZ VARGAS 2003). Las distintas teorías formuladas para explicar este tipo de contratos utilizan desde el criterio del interés hasta el de las prerrogativas, casi siempre con el objeto de distinguir los contratos administrativos de los contratos privados de la Administración. Tanto a unos como a otros se les aplican, no obstante, principios comunes y normas propias en la fase de adjudicación, diferenciándose todos los contratos del poder público en esto de los contratos de los sujetos privados. Pueden señalarse, sin embargo, razones especiales para regular los encargos públicos (RIVERO ORTEGA 1998), pues en los contratos o encargos públicos se produce una transferencia final de recursos del presupuesto e una empresa mediante el pago del precio.

La clave definitoria de los contratos públicos, el dato que explicaría su régimen propio, estaría en la actuación del poder público como “cliente”, pagador de un bien o servicio prestado por el sector privado. Estos contratos administrativos habrían recibido un trato especial, amén de otras razones, debido a la posición que ocupa la Administración en los mismos. En todos ellos (obras, servicios, suministros) el poder administrativo paga con fondos el trabajo realizado por la empresa contratista. El manejo de recursos públicos del presupuesto dirigidos a empresas privadas es la clave de comprensión de la naturaleza de estos contratos y, desde luego también, de sus conexiones con el fenómeno corrupción. Tal concepto material de encargos públicos permite aproximar los tratamientos normativos de la institución en países distantes, que no siempre comparten tradiciones jurídicas comunes, a diferencia de lo que sucede entre Europa y América Latina.

La concepción material también puede ayudar a resolver algunos problemas planteados en la definición del ámbito de aplicación y alcance de las leyes reguladoras de los contratos públicos. Sosteniendo las peculiaridades

también en los relativo a la prevención de la corrupción de los contratos en los que la Administración adquiere un bien o servicio a cambio de un precio, abogamos por un tratamiento jurídico específico de estos contratos, sin perjuicio de la extensión de determinados principios comunes a todas las actuaciones bilaterales del poder público con efecto económico positivo. Veremos, sin embargo, que no todos los ordenamientos emplean exactamente este concepto, confundiéndose en ocasiones el régimen de los contratos públicos, estrictamente considerados, con otros negocios jurídicos del Estado en los que el riesgo de corrupción y las exigencias preventivas son menores.

VI. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En primer término resulta importante precisar que a diferencia de España, en México no existe una norma específica en materia de contratos públicos, como la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que rige en aquel país, pues solamente se cuenta con la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas que tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas.

Sin embargo, la mencionada Ley de Obras Públicas no resulta aplicable al Poder Judicial de la Federación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de ese ordenamiento⁹, así como de la fracción XVII del diverso 81 de la Ley

⁹ ARTÍCULO 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;
- III. La Procuraduría General de la República;
- IV. Los organismos descentralizados;
- V. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una entidad paraestatal, y
- VI. Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las entidades que cuenten con un régimen específico en materia de obras públicas y servicios relacionadas con las mismas, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, sólo en lo no previsto en los ordenamientos que los rigen y siempre que no se contrapongan con los mismos, sujetándose a sus propios órganos de control.

Las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, relativos a las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos 3o. y 4o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que realicen Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios quedan excluidos de la aplicación de este ordenamiento, por lo que se regirán por lo dispuesto en su Ley, salvo en lo que expresamente ésta remita al presente ordenamiento.

Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien, los que se lleven a cabo entre alguna

Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la que se faculta al Consejo de la Judicatura para emitir los Acuerdos Generales al tenor de los cuales las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, prestación de servicios y contratación de obra que realice ese Poder, a excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ajuste a los criterios contemplados en el artículo 134 constitucional.

Por tanto, el estudio que se haga sobre los procedimientos de contratación pública en México, se entenderá al aplicable a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esto es, al previsto en el Acuerdo General de Administración VI/2008, del veinticinco de septiembre de dos mil ocho, del Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regulan los Procedimientos para la Adquisición, Administración y Desincorporación de Bienes y la Contratación de Obras, Usos y Servicios requeridos por este Alto Tribunal.

dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta Ley. Cuando la dependencia o entidad obligada a realizar los trabajos no tenga la capacidad para hacerlo por sí misma y contrate a un tercero para llevarlos a cabo, este acto quedará sujeto a este ordenamiento.

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

Las obras asociadas a proyectos de infraestructura que requieran inversión a largo plazo y amortizaciones programadas, estarán sujetas a la aprobación de la Cámara de Diputados conforme a sus facultades constitucionales, la Ley General de Deuda, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, así como las demás disposiciones presupuestarias aplicables. En lo relativo a los principios que deben contener los contratos, los procedimientos de contratación y ejecución, así como las condiciones de difusión pública, se atenderán conforme a la presente Ley y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades emitirán, bajo su responsabilidad y de conformidad con este mismo ordenamiento y los lineamientos generales que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública, las políticas, bases y lineamientos para las materias a que se refiere este artículo.

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

VI.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

De conformidad con lo previsto en el artículo 122 de la ley en comento, los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicaran, según sea el caso, en atención a los siguientes procedimientos:

- 1) adjudicación directa;
- 2) abierto
- 3) restringido;
- 4) negociado;
- 5) diálogo competitivo; y,
- 6) concursos de proyectos.

ADJUDICACIÓN DIRECTA. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 95.

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal (**artículo 122 de la LCSP**).

PROCEDIMIENTO ABIERTO. En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (**artículo 141 de la LCSP**).

PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO. En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos **(artículo 146 de la LCSP).**

PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos que así lo prevea la ley **(artículo 153 de la LCSP).**

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos **(artículo 154 de la LCSP):**

a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

b) En casos excepcionales, cuando se trate de contratos en los que, por razón de sus características o de los riesgos que entrañen, no pueda determinarse previamente el precio global.

c) Cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura, o las ofertas no sean adecuadas, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen

sustancialmente. Tratándose de contratos sujetos a regulación armonizada, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, si ésta así lo solicita.

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado.

e) Cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96.

f) Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d).

g) Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

DIÁLOGO COMPETITIVO. En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo (**artículos 163 y 164 de la LCSP**).

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

A estos efectos, se considerara que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo en lo previsto en los incisos b), c) o d) del apartado 3 del artículo 101, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

Los contratos de colaboración entre el sector publico y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicaran por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a).

CONCURSO DE PROYECTOS. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado **(artículo 168 de la LCSP)**.

a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios.

b) Concursos de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes.

No se aplicaran las normas de la presente sección a los concursos de proyectos que se encuentren en casos equiparables a los previstos en el artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 13.

Se consideran sujetos a regulación armonizada los concursos de proyectos cuya cuantía sea igual o superior a los umbrales fijados en el artículo 16 en función del órgano que efectúe la convocatoria.

La cuantía de los concursos de proyectos se calculara teniendo en cuenta el valor estimado del contrato de servicios y las eventuales primas de participación o pagos a los participantes, en el caso de la letra a) del apartado 2 y, en el caso previsto en la letra b), el importe total de los pagos y primas, e incluyendo el valor estimado del contrato de servicios que pudiera adjudicarse ulteriormente con arreglo a la letra e) del artículo 158, si el órgano de contratación no excluyese esta adjudicación en el anuncio del concurso.

VI.2. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN APLICADOS EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El Acuerdo General de Administración VI/2008, del veinticinco de septiembre de dos mil ocho, del Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el que regula los Procedimientos para la Adquisición, Administración y Desincorporación de Bienes y la Contratación de Obras, Usos y Servicios requeridos por este Alto Tribunal, el cual fue expedido por el citado comité de gobierno en ejercicio de las atribuciones que confieren al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las fracciones I y XIV del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para emitir el Acuerdo General que regule las contrataciones y desincorporaciones que requiere este Alto Tribunal, previendo procedimientos que permitan cumplir, aún más con los principios establecidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En efecto, el artículo 43 del Acuerdo General de Administración VI/2008, prevé que los procedimientos de contratación a seguir para la adquisición de bienes, usos, servicios, ejecución de obra pública y servicios relacionados con la misma, serán el de **licitación pública** o el **concurso por invitación pública**, en los que se adjudicará mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que será abierto públicamente.

Sin embargo, en los supuestos en los que tales procedimientos no sean los idóneos por cuestiones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, se acudirá al **concurso por invitación restringida**, al **concurso público sumario** o a la **adjudicación directa**.

En atención a la previsión señalada en el párrafo anterior los procedimientos para las referidas contrataciones serán los siguientes:

I. Licitación pública, cuando la contratación esté clasificada por su monto como superior;

II. Concurso por invitación pública o restringida, cuando la contratación este clasificada como intermedia;

III. Concurso público sumario, cuando la contratación esté clasificada por su monto como inferior o menor; y

IV. Adjudicación directa, cuando la contratación esté clasificada por su monto como mínima, o bien cuando sea una contratación urgente o especial, con independencia de su monto.

LICITACIÓN PÚBLICA. Es el procedimiento que se aplica por regla general en las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios, obra pública así como para la enajenación de bienes (**artículo 52 del AGA VI/2008**).

CONCURSO POR INVITACIÓN (PÚBLICA Y RESTRINGIDA). El procedimiento de contratación mediante invitación podrá ser público o mediante invitación restringida a cuando menos tres proveedores o contratistas y se realizará cuando por su monto se encuentre clasificada como intermedia o inferior o cuando se hubiese declarado desierta una licitación pública, o bien cuando así lo haya ordenado el Comité. Este procedimiento será autorizado por el órgano competente (**artículo 78 del AGA VI/2008**).

Cabe mencionar que las bases de los procedimientos de licitación pública y concurso por invitación, previa autorización del Comité, podrá establecerse la modalidad de **SUBASTA INVERSA**, mediante la cual los proveedores o contratistas tienen la posibilidad de ofertar diferentes precios a partir de una postura base, derivado de las propuestas económicas, en un tiempo específico y mediante pujas o repujas, adjudicándose al que realice la oferta de precio más baja. La subasta inversa se realizará por medios electrónicos o de manera presencial.

Cuando el Órgano de la Suprema Corte que autoriza el procedimiento de contratación opte por concluir la oferta económica mediante subasta, deberá añadir al tipo de procedimiento la frase “*por subasta inversa electrónica*” o “*subasta presencial a la inversa*”.

Todo proveedor que esté interesado en participar, deberá cumplir con los términos señalados en las bases respectivas y siempre que asista a los actos en los cuales se efectuará la subasta inversa (**artículo 85 del AGA VI/2008**).

CONCURSO PÚBLICO SUMARIO. Aquellas contrataciones clasificadas como inferiores o menores podrán ser adjudicadas conforme a los diversos niveles de autorización, mediante el procedimiento denominado concurso público sumario (**artículo 82 del AGA VI/2008**).

ADJUDICACIÓN DIRECTA. La adjudicación directa procederá en los casos de las contrataciones que por su monto se encuentren clasificadas como mínima o cuando por las circunstancias particulares de la misma se clasifique sin importar su monto en urgentes o especiales, tratándose de la adquisición o uso de inmuebles o de contrataciones con instituciones públicas.

Las adjudicaciones directas clasificadas como mínimas deberán ser justificadas mediante acuerdo del órgano de la Suprema Corte que autorice la adquisición, prestación del servicio u obra y servicios relacionados con la misma, el que deberá estar debidamente fundado y motivado.

Para efectos de la adjudicación directa, el dictamen resolutivo técnico consistirá en la manifestación que realice el área solicitante en el sentido de que el proveedor o prestador del servicio respectivo ofrece un bien o servicio acorde a los requerimientos de la Suprema Corte.

Tratándose de las compras efectuadas por el fondo fijo, no será necesaria la formalización de un acuerdo expedido por el servidor público que corresponda; sin embargo, deberá firmar el comprobante respectivo como constancia de la autorización de compra o contratación del servicio u obra.

El ejercicio y comprobación del fondo fijo se regirá por los lineamientos que se emitan previa autorización del Comité de Gobierno (**artículo 91 del AGA VI/2008**).

VII. RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIONES

VII.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público de España, se establece un recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 37.

Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.

Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando

se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que este adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si esta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que este adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando esta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinara atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevara el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contara desde el día siguiente a aquel en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro

del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedara en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamara el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la

obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimara en todo o en parte o desestimara las pretensiones formuladas o declarara su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciara sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

MEDIDAS PROVISIONALES

En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos

derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.

La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.

Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectara, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

VII.2. MÉXICO

ACUERDO GENERAL DE ADMINISTRACIÓN VI/2008, APLICABLE PARA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ahora bien, tratándose de los procedimientos de contratación que se realicen con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Acuerdo General de Administración VI/2008 prevé el recurso de inconformidad, así como el de conciliación, que acaba de ser incorporado como tal dentro de dicho acuerdo general, ya que anteriormente, en el derogado acuerdo 6/2001, sólo se preveía el citado recurso de inconformidad.

RECURSO DE INCONFORMIDAD. Dicho recurso procede contra actos del procedimiento y fallos que se consideren realizados en contravención de las disposiciones de ese Acuerdo General, los Proveedores, Prestadores de Servicios o contratistas que acrediten su interés jurídico podrán interponer el recurso de inconformidad ante la Dirección de Responsabilidades Administrativas y Registro Patrimonial de la Contraloría de la Suprema Corte siempre que lo hagan dentro de los cinco días hábiles siguientes al en que se efectúen. Transcurrido el plazo indicado para cada acto, se perderá el derecho de los interesados para inconformarse, sin perjuicio de que la Contraloría pueda actuar en ejercicio de sus atribuciones.

El recurso de inconformidad podrá interponerse contra actos que se relacionen con:

I. La convocatoria, las bases del procedimiento respectivo o la junta de aclaraciones, siempre que el interesado haya adquirido u obtenido las bases y se haya presentado en cualquier momento a la referida junta.

En este supuesto, la inconformidad sólo podrá promoverse por el interesado dentro de los cinco días hábiles siguientes al en que se celebre la junta de aclaraciones;

II. Los actos celebrados durante el acto de presentación y apertura de proposiciones y el fallo.

En este caso, la inconformidad sólo podrá promoverse por el licitante dentro de los cinco días hábiles siguientes al en que se verificó el acto respectivo;
o

III. Los actos y omisiones por parte de Adquisiciones y Servicios, Obras y Mantenimiento o del órgano competente de conformidad con los niveles de autorización, que impidan la formalización del contrato relativo a cualquiera de los procedimientos previstos en el referido acuerdo general.

En este supuesto, la inconformidad sólo podrá promoverse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquél en que se hubiere vencido el plazo para la formalización del contrato.

El titular de la Contraloría, con el apoyo de la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial, admitirá las inconformidades que cumplan con los requisitos respectivos o desechará las que se presenten en contra de actos o en momentos distintos a los establecidos en las fracciones anteriores; igualmente, desechará las inconformidades a que se refiere el punto I, cuando de las constancias se desprenda que el inconforme no hubiere asistido en cualquier momento a la junta de aclaraciones y ésta se haya señalado como obligatoria en las bases.

Toda inconformidad será presentada, a elección del promovente, por escrito o a través de los medios remotos de comunicación electrónica, conforme a los lineamientos que al efecto se emitan.

Lo anterior, sin perjuicio de que las personas interesadas previamente manifiesten al Comité de Gobierno las irregularidades que a su juicio se hayan cometido en el procedimiento de contratación, a fin de que las mismas se corrijan.

SUSPENSIÓN

Durante la substanciación de la inconformidad el titular de la Contraloría podrá suspender el procedimiento de contratación, cuando:

I. Se advierta con manifiesta claridad que existen o pudieren existir actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo General de Administración VI/2008 o que de continuarse con el procedimiento de contratación pudieran producirse daños o perjuicios a la Suprema Corte; y

II. Con la suspensión del procedimiento de contratación no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público.

Una vez emitido el acuerdo de suspensión éste se notificará al inconforme, los terceros interesados y al órgano que deba suspender el procedimiento. Dicha determinación es definitiva, salvo que se presenten hechos supervenientes.

Recibida la notificación en la que la Contraloría suspenda el procedimiento de contratación, el órgano competente, se abstendrá de ejecutar todo acto relacionado con la contratación materia del procedimiento respectivo.

Cuando se suspenda algún procedimiento de contratación que implique para la Suprema Corte poner en riesgo el abastecimiento de bienes y la prestación de servicios de necesidad inmediata, la Contraloría, de oficio o a petición del Oficial Mayor, podrá precisar que dicha medida cautelar no impedirá realizar las contrataciones que, en tanto cesa la aludida suspensión, contribuyan a afrontar dicha eventualidad.

Cuando el inconforme sea quien solicite la suspensión, a juicio de la Contraloría podrá exigir que garantice mediante fianza por el monto que fije el área competente, los daños y perjuicios que pudiera causar a la Suprema Corte o al tercero interesado, quien a su vez podrá otorgar contrafianza por el mismo monto de la fianza, en cuyo caso quedará sin efectos la suspensión.

PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN.

Los Contratistas, Prestadores de Servicios o Proveedores podrán presentar su solicitud de conciliación cuando se suscite alguna controversia respecto de lo pactado en el contrato ante la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial de la Contraloría.

Una vez recibida la solicitud de conciliación, la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial emitirá un acuerdo por el que la admita a trámite, ordenará correr traslado al Órgano de la Suprema Corte al que se atribuyan las conductas materia de la controversia de que se trate con copia del escrito presentado y sus anexos, solicitándole a dicho órgano que dentro de un plazo no mayor a diez días hábiles, remita los argumentos con los que dé contestación a cada uno de los hechos manifestados por el proveedor, prestador de servicios o contratista, anexando copia de la documentación relacionada con los mismos.

Además, la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial, señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha del acuerdo de admisión de la solicitud de conciliación.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del proveedor o contratista traerá como consecuencia tenerlo por desistido de su solicitud de conciliación.

Deberá comunicarse la presentación de la solicitud de conciliación a la Secretaría Ejecutiva de Asuntos Jurídicos, para que en la esfera de sus atribuciones participe en todas las audiencias de conciliación.

La Dirección General de Adquisiciones y Servicios, a nombre propio o en representación del Órgano de la Suprema Corte al cual se le atribuye la controversia, al dar contestación precisará el nombre de los servidores públicos facultados para representar y obligarle en el procedimiento de conciliación. Si omite dar contestación a uno o varios de los hechos señalados por el proveedor o contratista, lo podrá hacer durante la audiencia de conciliación.

Las audiencias de conciliación serán presididas por un servidor público de la Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial y a la que asistirá un representante del órgano que aprobó la contratación. El servidor público que presida la audiencia deberá exponer los puntos comunes y de controversia, proporcionar la normativa que regule los términos y condiciones contractuales, proponer acuerdos de conciliación, suspender o dar por terminada una sesión, citar a sesiones posteriores, así como dictar todos los dictámenes que se requieran durante el desarrollo de las mismas. Al término de cada sesión se levantará acta circunstanciada, la cual será firmada por quienes intervengan en ella.

En todos los casos se permitirá la presencia de hasta tres asesores por cada una de las partes, según la naturaleza de los puntos de controversia.

En la audiencia de conciliación, la Contraloría tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud de conciliación y los argumentos que hiciere

valer su contraparte, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

En la conciliación las partes deberán procurar la realización de acciones que promuevan la ejecución total de los trabajos, la entrega de los bienes y/o prestación de los servicios y la completa resolución de las controversias, a través de los convenios que acuerden las mismas. Dichos convenios podrán considerarse para efectos de solventar las observaciones de los órganos de control.

En caso de que sea necesario, la audiencia se podrá realizar en varias sesiones. Para ello, la Contraloría señalará los días y horas para que tengan verificativo.

El procedimiento de conciliación deberá agotarse en un plazo no mayor de veinte días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya celebrado la primera sesión, salvo que las partes acuerden un plazo mayor, por causas debidamente justificadas y atendiendo a la situación particular del contrato del cual derive la controversia y las pruebas periciales que se ofrezcan.

En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la controversia, podrán designar a su costa en partes iguales, ante la presencia de la propia Dirección General de Responsabilidades Administrativas y de Registro Patrimonial a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que las partes concilien sus intereses.

En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, se deberán suscribir los convenios que formalicen lo pactado. En caso contrario, quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer en la vía que corresponda.

El procedimiento de conciliación puede concluir por:

- I. La celebración del convenio respectivo;
- II. La determinación de cualquiera de las partes de no conciliar; o
- III. Desistimiento del solicitante.

VIII. COMENTARIOS FINALES

I. Respecto del procedimiento de conciliación previsto en el Acuerdo General de Administración VI/2008, cabe mencionar que en la citada ley 30/2007 de Contratos del Sector Público no se prevé como recurso tal procedimiento; sin embargo, en la disposición adicional undécima, señala:

“La celebración por las Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, se regirá, en todo caso, por la presente Ley, si bien los interesados podrán utilizar el procedimiento de conciliación regulado en el Capítulo IV del Título VII de aquella norma.”

En ese sentido, el artículo 118 de la LEY 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, dispone que cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de esta ley y que estime, en el marco del procedimiento de adjudicación de dicho contrato, que ha sido perjudicado o puede serlo por el incumplimiento de las normas de procedimiento podrá solicitar la conciliación regulada en los artículos siguientes.

La solicitud para iniciar el procedimiento de conciliación se dirigirá por escrito a la Comisión Europea o al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Junta Consultiva de contratación Administrativa, que la transmitirá lo antes posible a la Comisión Europea.

El procedimiento de conciliación se tramitará conforme a lo establecido en el Capítulo 4 de la Directiva 92/13/CEE y las normas dictadas al efecto en desarrollo del mismo por la Comisión Europea.

A su vez, la Directiva 92/13/CEE, en su artículo 9, disponía que cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/531/CEE y que, en el marco del procedimiento de formalización de dicho contrato, estime que ha sido perjudicado o que puede ser perjudicado, a raíz del no cumplimiento del derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que incorporan dicho derecho, podrá solicitar el procedimiento de conciliación, mediante escrito dirigido a la Comisión o a las autoridades respectivas.

Si la Comisión estima que la controversia se refiere a la aplicación correcta del derecho comunitario, invitará a la entidad contratante a que declare si está dispuesta a participar en el procedimiento de conciliación. Si dicha entidad rehusara participar en el mismo, la Comisión informará a la persona que presentó la solicitud de que no puede iniciarse el procedimiento. De lo contrario, si la entidad contratante da su acuerdo, la Comisión propondrá, con la mayor celeridad, un conciliador que figurará en una lista de personas independientes acreditadas a tal fin. Esta lista será elaborada por la Comisión, previa consulta al Comité consultivo de contratos públicos o, en caso de entidades contratantes cuyas actividades se definen en el inciso d) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 90/531/CEE, previa consulta al Comité consultivo de contratos de telecomunicaciones.

Cada una de las partes llamadas al procedimiento de conciliación declarará si acepta al conciliador y nombrará un conciliador suplementario. Los conciliadores podrán invitar como máximo a otras dos personas en calidad de expertos para aconsejarles en sus trabajos. Las partes en el procedimiento y la Comisión podrán recusar a los expertos invitados por los conciliadores.

Los conciliadores darán la posibilidad de presentar una exposición de los hechos, de manera oral o escrita, a la persona que invoque la aplicación del procedimiento de conciliación, a la entidad contratante y a cualquier otro candidato o licitador que participe en el procedimiento de formalización del contrato en cuestión.

Los conciliadores procurarán alcanzar un acuerdo entre las partes, conforme al derecho comunitario, en el más breve plazo.

Los conciliadores informarán a la Comisión de sus conclusiones y del resultado obtenido.

La persona que ha invocado la aplicación del procedimiento de conciliación y la entidad contratante tendrán derecho a poner fin al procedimiento en cualquier momento.

A menos que las partes decidan lo contrario, la persona que ha invocado la aplicación del procedimiento de conciliación y la entidad contratante correrán con sus propios gastos. Además, correrá cada una con la mitad de los gastos del procedimiento, con exclusión de los gastos de las partes que intervengan.

Si, en el marco de un procedimiento determinado de formalización de contrato, una persona interesada distinta de la que haya invocado la aplicación del procedimiento de conciliación, ha interpuesto un recurso jurisdiccional u otro recurso, la entidad contratante informará de ello a los conciliadores. Éstos informarán a dicha persona de que se ha invocado la aplicación del procedimiento de conciliación y la invitarán a que indique, dentro de un determinado plazo, si acepta participar en el procedimiento. Si esta persona rehúsa participar, los conciliadores podrán decidir, en su caso por mayoría, la finalización del procedimiento de conciliación cuando estimen que la participación de dicha

persona es necesaria para resolver la controversia. Notificarán esta decisión a la Comisión, exponiendo los motivos.

II. Por lo que hace a la subasta, a diferencia de que en el Acuerdo General de Administración VI/2008, se prevé como un procedimiento opcional, en la Ley de Contratos con el Sector Público de España, en su artículo 132, se establece como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos.

La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 154.a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

III. Finalmente, es de concluir que los procedimientos o formas de selección de contratistas vigentes en España son el resultado del cruce de dos concepciones muy distintas sobre los procedimientos: la concepción española, de una parte, caracterizada por la rigidez y la desconfianza que no admitía, inicialmente, más que la subasta como regla general y el concurso y el concierto director como excepciones muy tasadas; y, de otra, los procedimientos de origen francés, basados en el Derecho Comunitario, más flexibles y conocidos como procedimientos abiertos, restringidos y negociados y que han desplazado a los primeros, que pasan a un segundo término, como formas o criterios de adjudicación.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, el derecho español se ha tenido que adaptar a las previsiones de las Directivas europeas. Una vez aprobada la nueva Directiva, tendrá, que incorporarse también las novedades previstas en ellas en lo relativo a la selección: diálogo competitivo, compras electrónicas, etc. Pero al margen de estas reformas, podemos decir que el derecho español, en línea con el europeo, respeta las exigencias básicas sobre la objetividad procedimental, incluyendo la necesaria predeterminación de los criterios objetivos y otras garantías pensadas para evitar tratos discriminatorios o de favor a determinadas empresas, comportamientos coincidentes muchas veces con prácticas de corrupción.

Respecto del régimen de recursos, hay que decir que la posible impugnación de las adjudicaciones ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo se consideraba, hasta hace muy poco tiempo, suficiente para proteger a los contratistas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no lo ha considerado así, en cambio, pronunciándose a favor de los argumentos de la Comisión Europea en el sentido de que existen déficits en el sistema español de protección frente a las adjudicaciones. En concreto, hay problemas en el ámbito de aplicación de las normas de contratación administrativa, en la impugnación de los actos de trámite y en la concesión de tutela cautelar. Por todo ello, las posibilidades de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativas tendrán que ser revisadas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Castrejón García, Gabino Eduardo: *“Derecho Administrativo Mexicano”*, Tomo I, Cárdenas Editor Distribuidor, México 2000.
2. Cortiñas-Peláez, León: *“Introducción Al Derecho Administrativo I”*, Editorial Porrúa, México 1994.
3. Colección Grandes Maestros del Derecho Administrativo “Servicios Públicos y Contratos Administrativos”, Jéze, Gastón, volumen 3, Ed. Jurídica Universitaria.
4. García De Enterría, Eduardo: *“Curso De Derecho Administrativo”*, 8 Ed., Editorial Civitas; Madrid, España 1997.
5. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: *“Diccionario Jurídico Mexicano”*, Editorial Porrúa, México 1998.
6. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: *“Enciclopedia Jurídica Mexicana”*, Editorial Porrúa.
7. Parada, Ramón *“Derecho Administrativo”*, Tercera ed., Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 1991, Tomo I.
8. Rivero Ortega, Ricardo *“Derecho Administrativo Económico”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
9. Rivero Ortega, Ricardo *“Corrupción y contratos públicos: Las respuestas Europea y Latinoamericana”*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

Legislación

1. Acuerdo General de Administración VI/2008.
2. Directiva 92/13/CEE.
3. Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.
4. Ley 31/2007 de Contratos del Sector Público.
5. Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas.
6. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.