

EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN MÉXICO. PROPUESTAS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tutela judicial efectiva*. III. *El principio de reserva de ley*. IV. *Mecanismos de prevención, control y detección de actos de corrupción en la contratación pública*. V. *Los medios de impugnación en materia de contrataciones públicas*. VI. *Propuesta para la creación de tribunales especializados en materia de contrataciones públicas*.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una de las principales actividades detonadoras de la economía de los Estados; sin embargo, el modelo global neoliberal ha permitido que la riqueza de los países vaya quedando en manos de unas cuantas personas en detrimento de millones de personas.

En nuestro país, el artículo 134 de la Constitución general es muy claro al establecer que “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”.

En el mismo artículo 134 se dispone que “Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen”, deberán “asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

* Doctor en derecho e investigador de tiempo completo titular “B” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Sin embargo, los escándalos de abusos por parte de servidores públicos,¹ que ingresaron al servicio público para desviar cuantiosas sumas de dinero, han sido de tal magnitud que nos han hecho calificar al actual modelo de contratación pública, de carácter permisivo, abusivo, desigual y principalmente incontrolado.²

La corrupción se ha enquistado en muchas prácticas de las instituciones del Estado y las ha dejado cada vez más debilitadas para hacer frente a los retos nacionales, sin que las reformas aprobadas para su combate terminen de implementarse con vigor y efectividad.

La impunidad se ha convertido en la norma y no en la excepción a todos los niveles de la sociedad: el sicario del crimen organizado o el alto funcionario corrupto saben bien que la probabilidad de que reciban un castigo por sus actos es prácticamente nula.³

Sin duda, los problemas que ha generado la crisis actual en materia de contrataciones públicas son muy variados y de diferente magnitud; cada uno de ellos merecería un análisis pormenorizado, pero en este trabajo sólo nos enfocaremos en el que está relacionado con el control administrativo y jurisdiccional.

Para llevar a cabo nuestra explicación, análisis y propuesta, haremos referencia, en primer lugar, al derecho humano a la tutela judicial efectiva, como el estándar más alto bajo el cual se deben regir los mecanismos de control jurisdiccional en materia de contrataciones públicas.

En seguida, explicamos el contenido, la clasificación y los alcances del principio de reserva de ley, especialmente en materia de contrataciones públicas, que es uno de los pilares de nuestro sistema jurídico, y que desafortunadamente ni la doctrina ni los jueces le han otorgado la importancia que merece este principio.

Mencionamos, en otro apartado, los nuevos mecanismos de prevención, control y detección de actos de corrupción en la contratación pública, derivado de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción.

También analizamos y detallamos los medios de impugnación en materia de contrataciones públicas, por medio de algunos criterios jurisdiccionales y opiniones de la doctrina.

Por último, explicamos la propuesta para la creación de tribunales especializados en materia de contrataciones públicas.

¹ Roldán, Nayeli *et al.*, *La estafa maestra. Graduados en desaparecer el dinero público*, México, Planeta, 2018.

² *MeTroP: antídoto vs. La corrupción*, México, México Evalúa, 2016.

³ *Léase si quiere gobernar (en serio)*, México, México Evalúa-CIDAC, 2018, p. 4.

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Es un derecho humano cuya finalidad es garantizar que la justicia resolverá el fondo de la controversia que se le plantee, y no se enfocará sólo en la simple revisión de las formalidades de los procedimientos.

La tutela judicial efectiva tiene su fundamento en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al respecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito precisó, en la tesis de jurisprudencia de rubro

PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO.

En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formulismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción); a apreciar, conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los vicios en que pudieran incurrir las partes y a partir de las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, dar la oportunidad de corregirlos o inclusive, suplir de oficio los defectos advertidos, cuando ello sea necesario para preservar el derecho fundamental en cita, con la única limitante de no afectar las garantías procesales de la parte contraria (subsanción de los defectos procesales) y, a imponer la conservación de aquellos actos procesales que no se ven afectados por una decisión posterior, en aras de evitar repeticiones inútiles que nada añadirían y sí, en cambio, afectarían el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal (conservación de actuaciones).⁴

⁴ Tesis de jurisprudencia I.3o.C. J/4 (10a.), Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, t. 3, enero de 2013, p. 1829.

En materia de contrataciones públicas es muy importante la existencia de mecanismos que garanticen un control efectivo de las actuaciones de los servidores públicos encargados de la tramitación de los procedimientos administrativos de licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o las adjudicaciones directas; y la tutela judicial efectiva y sus derechos y principios componentes vendrían a jugar ese papel preponderante.

Lamentablemente, en nuestro país no existen mecanismos efectivos de control de las contrataciones públicas, ya que los existentes son de carácter formalista, anclados a ideas e interpretaciones que ya no corresponden a la realidad actual.

Las prácticas desarrolladas por los empresarios y por los servidores públicos han hecho que la ley se convierta en un instrumento validador de las decisiones de las autoridades encargadas de la contratación pública, dejando totalmente desprotegidos en sus derechos tanto a los participantes como a los destinatarios de las compras públicas, que es la población.

Es por ello que el derecho humano a la tutela judicial efectiva es el instrumento más importante y más letal contra la corrupción en las contrataciones públicas, ya que los medios de impugnación que actualmente se tramitan en sede administrativa definitivamente no tienen la eficacia que corresponde en un Estado de derecho, donde los derechos humanos de las personas están por encima del orden público y del interés general.

Si bien la reforma constitucional de 2015 incorporó una serie de elementos para prevenir, controlar, detectar, disuadir y sancionar actos de corrupción, el Congreso de la Unión no modificó las leyes procesales, como la de Amparo, la de Procedimiento Administrativo o la del Procedimiento Contencioso Administrativo, con lo cual no se avanzó sobre un régimen efectivo de control jurisdiccional de los procedimientos de contratación pública. Es muy importante que se modifiquen las leyes procesales y procedimentales para permitir el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas, en especial el de la tutela judicial efectiva en materia de contrataciones públicas.

Los principales derechos humanos involucrados en estos procedimientos son el debido proceso administrativo, el acceso a la información pública, la tutela cautelar, la transparencia, la publicidad, la rendición de cuentas, la participación, a un recurso y a la defensa.

Las prácticas que se efectúan en la realidad por parte de las autoridades encargadas de la realización de estos procedimientos como los criterios anticuados de los jueces o magistrados hacen que estos derechos sean totalmente irrealizables, inoperantes, y que sólo queden en la letra de la ley.

Cientos de historias, artículos, libros, reflexiones e investigaciones periódicas⁵ han demostrado cómo los valores establecidos expresamente en la Constitución y en las leyes son vulnerados y pisoteados tanto por servidores públicos como por empresarios, que lo único importante es obtener ganancias de todo tipo: económicas, políticas o sociales.

En palabras de Pedro Salazar Ugarte,

La corrupción interpela de maneras muy diversas al fenómeno jurídico. Por un lado lo desafía y lo contradice, poniendo en jaque a los elementos de igualdad, regularidad y previsibilidad que acompañan al andamiaje normativo. Desde esa perspectiva podemos decir que la corrupción es un fenómeno que opera contra el derecho. Pero, paradójicamente, los actos de corrupción utilizan al propio derecho y se valen de las instituciones jurídicas vigentes para sacar ventaja de ellas. Desde esta óptica la corrupción es un fenómeno que también se verifica desde el derecho. Por lo mismo es un fenómeno disruptivo para el “Estado de derecho” de maneras muy diversas y complejas: es el abuso del derecho en detrimento del derecho.⁶

Es por ello que los derechos humanos a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar son pilares en el combate a la corrupción al constituirse como verdaderos mecanismos de garantía de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, honradez, de “asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

Jurídicamente ya no es posible sostener los criterios basados en los argumentos de que “si se lleva a cabo una licitación para la mejora y mantenimiento en la prestación de un servicio público, resulta evidente que responde a disposiciones de orden público y al interés social, pues atiende a la demanda de un mejor servicio en beneficio de la colectividad”.⁷

Menos aún, que

...por regla general es improcedente otorgar la suspensión solicitada por el quejoso, contra la formalización y ejecución del contrato respectivo, al no col-

⁵ Arvizu Arrijoja, Juan y Morales, Alberto, “Corrupción ahoga al país”, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/impreso/corrupcion-ahoga-al-pais-ex-titular-asf-216784.html>.

⁶ Salazar Ugarte, Pedro, “Nota introductoria”, *¿Cómo combatir la corrupción?*, Salazar, Pedro *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XII.

⁷ Jurisprudencia PC.I.C. J/74 C (10a.), Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Rubro: SUSPENSIÓN. POR REGLA GENERAL, ES IMPROCEDENTE OTORGARLA CONTRA LA FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA MEJORA Y MANTENIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

marse los requisitos del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de concederse la medida cautelar, se contravendrían disposiciones de orden público y se seguiría perjuicio al interés social, en tanto que la colectividad tiene interés en la defensa y mejoramiento en la prestación de los servicios públicos.⁸

Como explica Federico Campolieti, “La expresión «fin público» o «necesidad general» como aspecto estructural del elemento objeto del contrato administrativo genera ambigüedad”.⁹

También, Jorge Ulises Carmona Tinoco explica:

Este pensamiento sobre la aplicación mecánica de las disposiciones legislativas por parte del juez tuvo destellos en otras épocas y lugares, comenzando por Roma en donde Justiniano, al declarar la perfección de su obra, prohibió cualquier comentario privado a la misma; en Austria, José II dictó una disposición de similar naturaleza; en Prusia, disposiciones análogas de Federico II limitaron en gran medida la actuación de los jueces, los cuales al encontrar alguna duda en la aplicación de la ley debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente, para su interpretación.¹⁰

Pero hoy la realidad es muy diferente. La dignidad humana y los derechos humanos ponen a las personas en el centro del ordenamiento jurídico; lo importante no es la aplicación estricta de la ley; lo importante es la persona, considerada individual y colectivamente.

Por ello, se deben fortalecer los mecanismos de tutela cautelar y de medidas cautelares dentro de los procesos jurisdiccionales de control de las contrataciones públicas.

Por ejemplo, en la Unión Europea, explican Jaime Rodríguez-Arana, José Antonio Moreno Molina, Ernesto Jinesta Lobo y Karlos Navarro Medal, que “el artículo 9.15.2 del TLCUEM¹¹ impone la necesidad de incluir dentro de cada ordenamiento jurídico interno un sistema de medidas cautelares abierto y flexible, que le permita al proveedor u oferente solicitar medidas provisionales oportunas y necesarias, de carácter positivo o negativo, en tanto se resuelve el mérito del asunto”.¹²

⁸ *Idem.*

⁹ Campolieti, Federico, “Los límites del contrato administrativo”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 24.

¹⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 29 y 30.

¹¹ El TLCUEM entró en vigor el 1o. de julio de 2000.

¹² Rodríguez Arana, Jaime *et al.*, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 308 y 309.

Dicho artículo establece textualmente, que

Cada parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

Especialmente, es en estos procedimientos en donde la justicia debe tener una incidencia directa, para analizar no sólo la legalidad de los procedimientos, sino poder identificar actos de corrupción, desenmascarar al que quiere abusar de su posición utilizando al derecho como plataforma validadora del acto abusador y corrupto.

III. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Otro de los principios relevantes, junto con la tutela judicial efectiva, en materia de combate a la corrupción y garantía de los derechos humanos, es el de reserva de ley. La doctrina y la jurisprudencia lo definen como el conjunto de materias (derechos, principios, garantías, libertades, prohibiciones, etcétera) señaladas expresamente, o que implícitamente derivan del texto de la Constitución, y que deben ser reguladas por una ley en sentido formal y material.

Según el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, la reserva de ley “se traduce en que determinadas cuestiones deben estar respaldadas por la ley o que ésta es el único instrumento idóneo para regular su funcionamiento”.¹³

En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia han clasificado la reserva de ley en absoluta y relativa. Es absoluta cuando el legislador, es decir, el Congreso, es el único órgano que puede desarrollar el contenido de una determinada materia, limitando de manera absoluta la posibilidad de que otro órgano pueda complementar lo dispuesto por la ley.

La reserva de ley es relativa cuando permite que otras normativas regulen parte de una materia contenida en el texto de la Constitución, a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deben ajustarse.

¹³ Tesis aislada I.15o.A.83 A, Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2542.

En materia de contrataciones públicas, el párrafo cuarto del artículo 134 de la Constitución establece claramente, que

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.

Según nuestra interpretación, el artículo 134 constitucional establece categóricamente una reserva de ley de carácter absoluta en materia de contrataciones públicas, es decir, que la regulación de esta materia es de monopolio exclusivo del Congreso de la Unión y de los respectivos congresos de las entidades federativas, y no existe la mínima posibilidad, al menos no lo establece expresamente la Constitución, para que otro u otros órganos puedan regular, mediante normativas de carácter secundario, las leyes expedidas por cualesquiera de los congresos de nuestro país.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, en tesis aislada, de rubro RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL ESTADO. LA FACULTAD REGLAMENTARIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL NO SE ENCUENTRA SUJETA AL PRINCIPIO DE RESERVA DE CÓDIGO O DE ORDENAMIENTOS, POR LO QUE PUEDEN COEXISTIR DIVERSAS LEYES REGLAMENTARIAS, que

El precepto constitucional no sólo establece los contenidos materiales rectores del régimen contractual del Estado, sino también una cláusula competencial en la forma de un mandato al legislador para reglamentar los procesos tanto de contratación del Estado, como aquellos destinados a controlar su debido cumplimiento; de ahí deriva el fundamento de existencia de una ley reglamentaria. Ello implica que en materia de licitaciones resulte aplicable el principio de reserva de ley, según el cual dicha materia debe reglamentarse en la ley y no en otras fuentes de inferior rango. Sin embargo, en la norma constitucional no se consagra el ulterior principio de reserva de ordenamiento o de código, ya que el precepto constitucional no se dirige a un solo legislador, sino a una pluralidad de ellos, pues otorga facultades de producción legislativa a los distintos niveles de gobierno: tanto la Federación, los Estados y el Distrito Federal. Todos estos niveles de gobierno, mediante sus órganos legislativos, deben reglamentar la norma constitucional, por lo que el Constituyente no pudo prever que sólo existiera una legislación en la materia, sino una pluralidad de ellas con distintos ámbitos espaciales de validez. Ahora bien, dentro del ámbito federal, tampoco se encuentra una razón constitucional que justifique que sólo deba existir un solo código o ley federal en la materia. Esta

conclusión deriva del criterio establecido en los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el cual el legislador sólo debe cumplir con un estándar mínimo de fundamentación por lo que respecta a su competencia, pues basta que considere necesario regular una situación social y lo haga dentro de los parámetros marcados en la Constitución, sin vulnerar un principio sustantivo, para reconocer su validez constitucional, sin que esta Suprema Corte pueda evaluar los méritos de un diseño legislativo en lugar de otro, como sería la conveniencia de agrupar toda la regulación de una materia en un solo código, o bien, la dispersión de la regulación en leyes especializadas. Esta decisión corresponde a los hacedores de política pública, la que, conforme a los principios democrático y de división de poderes, debe entenderse depositada en la órbita de potestades del legislativo y no del poder judicial.¹⁴

Sin embargo, la práctica dista mucho de lo que explica la doctrina, ya que tanto los diferentes poderes federales y locales como los órganos constitucionales autónomos, también federales y locales, han expedido una diversidad de normativas de carácter administrativo que contienen una regulación muy extensa de los procedimientos de contratación pública.

El legislador ha otorgado, de forma totalmente contraria a la Constitución, facultades normativas al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión y a los órganos constitucionales autónomos, para regular los procedimientos de contratación pública, lo cual se ha traducido en verdaderos cheques en blanco para que estos poderes y órganos se hagan trajes a la medida en esta materia.

Actualmente no existen mecanismos de control jurisdiccional efectivos que hagan valer el principio de reserva de ley en esta materia; al contrario, la mayoría de los criterios han validado los cientos de normativas expedidas por los entes arriba señalados.

IV. MECANISMOS DE PREVENCIÓN, CONTROL Y DETECCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Contexto general*

Fernando Gómez de Lara y Sergio Eduardo Huacuja Betancourt señalan que “En virtud de que la licitación pública es un procedimiento y, como tal, supone la concatenación de diversas etapas que conducen a una finalidad, es

¹⁴ Tesis Aislada 1a. CCXXXIX/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 21, t. I, agosto de 2015, p. 479.

plausible clasificarlas en mérito de su temporalidad, en tres momentos: etapas previas, etapas propias y etapas posteriores”¹⁵.

Dentro de cada etapa se desarrollan una serie de subetapas, a saber: en el primer momento, en la etapa previa, se encuentra la elaboración de una preconvocatoria y la elaboración de la convocatoria a la licitación pública.

En un segundo momento, están las etapas propias, que incluyen la publicación de la convocatoria; la junta o juntas de aclaraciones; el registro previo de participantes y la revisión de la documentación; el acto de presentación y apertura de proposiciones, y el acto de fallo.

En el tercer momento, que son las etapas posteriores, están la formalización del contrato, la ejecución del contrato y el pago.

En cada una de estas etapas se presentan, en la práctica, una serie de situaciones, que en muchas ocasiones derivan en abusos y actos de corrupción, ya que el marco jurídico permite todas estas situaciones, que son aprovechadas por grupos económicos y políticos para beneficio de pocos, en detrimento de la sociedad.

En los otros dos procedimientos de contratación pública que disponen las leyes, que son la adjudicación directa y la invitación a cuando menos tres personas, no se observan estas etapas.

En estos tres procedimientos y en todas las etapas arriba señaladas, el participante, y en general la ciudadanía, no cuentan con mecanismos efectivos para evidenciar o combatir prácticas o actos de corrupción.

Las nuevas leyes General del Sistema Nacional Anticorrupción y General de Responsabilidades Administrativas establecen la creación de diferentes mecanismos que tienen como finalidad prevenir, controlar, detectar y disuadir las prácticas de corrupción; sin embargo, no se observan en las nuevas leyes, mecanismos de control jurisdiccional en las etapas arriba descritas.

2. *Prevención*

La mayoría de los nuevos mecanismos que se incorporan en las leyes son de naturaleza preventiva, lo cual representa un avance muy importante en esta materia, pero es necesario fortalecer los otros mecanismos.

En este punto, el artículo 49 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción establece la creación de la Plataforma Digital Nacional, que

¹⁵ Gómez de Lara, Fernando y Huacuja Betancourt, Sergio Eduardo, *La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la administración pública federal. Un análisis sobre los contratos administrativos y sus implicaciones jurídicas de conformidad con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP)*, México, Novum, 2016.

estará conformada por la información que a ella incorporen las autoridades integrantes del Sistema Nacional, y contará, en materia de contrataciones públicas, con los sistemas “de los Servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas” y “de Información Pública de Contrataciones”.

Asimismo, “El Sistema de Información Pública de Contrataciones contará con la información pública que remitan las autoridades competentes al Comité Coordinador a solicitud de éste”.¹⁶

La Plataforma Digital Nacional incluirá, señala la Ley, en un sistema específico, los nombres y adscripción de los servidores públicos que intervengan en procedimientos para contrataciones públicas, ya sea en la tramitación, atención y resolución para la adjudicación de un contrato, otorgamiento de una concesión, licencia, permiso o autorización y sus prórrogas, así como la enajenación de bienes muebles, y aquellos que dictaminan en materia de avalúos, el cual será actualizado quincenalmente.¹⁷

Además, el sistema específico de la Plataforma Digital Nacional incluirá la relación de particulares, personas físicas y morales, que se encuentren inhabilitados para celebrar contratos con los entes públicos derivado de procedimientos administrativos diversos a los previstos por la ley.

Otro mecanismo que establece el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción es el relativo a que “Las sanciones impuestas por faltas administrativas graves serán del conocimiento público cuando éstas contengan impedimentos o inhabilitaciones para ser contratados como Servidores públicos o como prestadores de servicios o contratistas del sector público”,¹⁸ en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Sin embargo, es necesario reformar todo el marco normativo en materia de contratación pública, para establecer con precisión en qué etapas de los procedimientos se deben poner en práctica los mecanismos, ya que las leyes antes mencionadas no lo señalan.

3. *Control*

La Nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas señala también a la denuncia ciudadana como un mecanismo de control en contra de actos de corrupción.

¹⁶ Artículo 51 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

¹⁷ Artículo 53 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

¹⁸ Artículo 53 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Es un paso muy importante, pero es necesario complementar y fortalecer este mecanismo con la modificación de otras leyes.

Como uno de los puntos más importantes está la incorporación de la profesionalización de los órganos internos de control. Es un buen avance, pero además es necesario acompañar estos procedimientos con acciones que fortalezcan la transparencia y la tutela judicial efectiva, ya que de nada servirán titulares de órganos internos de control parciales o dependientes. Es urgente el cambio bajo los nuevos estándares.

4. *Detección*

Dentro de los mecanismos de detección está el regulado en el artículo 45 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que obliga a las secretarías de la Función Pública y a los órganos internos de control, a supervisar la ejecución de los procedimientos de contratación pública por parte de los contratantes, para garantizar que se lleven a cabo en los términos de las disposiciones en la materia, y realizar las verificaciones procedentes si descubren anomalías.

También destacaríamos dentro de este rubro, nuevamente a la denuncia ciudadana, con las garantías arriba señaladas.

5. *Perspectivas*

Si bien estos mecanismos son importantes para disuadir la tentación de abusar de la posición en el ejercicio del poder, consideramos que no son suficientes si no son modificadas las leyes procesales y procedimentales, ya que las personas, la ciudadanía, también necesita involucrarse directamente en las decisiones por medio de las cuales se gasta el dinero público. Son avances importantes, pero se requieren garantías efectivas de prevención, control y detección de actos de corrupción en las contrataciones públicas, y esas garantías sólo las pueden ofrecer la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar y las medidas cautelares; de lo contrario, los abusos seguirán, la ley se aplicará estrictamente y se cumplirá, y el derecho seguirá violentándose.

El siguiente criterio es una muestra más de lo urgente que es la incorporación de mecanismos eficaces y eficientes:

LICITACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y MEJORA DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPAL. NO PROCEDE OTORGAR LA

SUSPENSIÓN PROVISIONAL AL PARTICIPANTE NO FAVORECIDO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO CUANDO SE SOLICITA PARA EL EFECTO DE QUE NO SE FORMALICE Y EJECUTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Los artículos 1o., 37, fracciones V, X y XIII, 38, fracción III, 94, fracción II, 103 a 108 y 110 a 112 de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, regulan los términos y condiciones en que los Ayuntamientos de dicha entidad deben licitar los bienes y servicios municipales (salvo los de seguridad pública y policía preventiva), con sujeción a las reglas y principios prescritos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atinentes a la administración de los recursos económicos y la contratación, aplicables para todos los niveles de gobierno. Ahora bien, si una licitación sobre la prestación del servicio de alumbrado público municipal, para modernizar ese servicio y poder brindarlo en mejores condiciones para la colectividad, además de reducir el consumo de energía eléctrica, entonces, conforme a las directrices constitucionales y legales, resulta evidente que la finalidad de esa licitación responde a disposiciones de orden público y al interés social, pues atiende preferentemente la demanda de un servicio de alumbrado público más eficiente en beneficio de la colectividad, en cuanto a su seguridad e imagen urbana, así como el ahorro de energía eléctrica en busca del manejo más adecuado del gasto público municipal y el fortalecimiento de sus finanzas, incluso, con la previsible disminución del consumo de electricidad se evitan mayores emisiones de contaminantes que inciden en el llamado efecto invernadero, propiciando un medio ambiente más óptimo que favorece la salud pública. Por todo ello, no procede otorgar la suspensión provisional al participante que no resultó favorecido en el procedimiento de licitación para la prestación del servicio de mantenimiento y mejora de alumbrado público municipal, cuando se solicita para el efecto de que no se formalice y ejecute el contrato de concesión del señalado servicio público, por no colmarse los extremos del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de concederse, se contravendrían disposiciones de orden público y se afectaría el interés social, en tanto que la sociedad y el Estado tienen interés en la defensa y mejoramiento de la seguridad pública, la imagen urbana, la salud pública, el medio ambiente y el buen manejo de las finanzas públicas, lo que implica una reconciliación entre el bienestar económico, los recursos naturales y la sociedad. Si a ello se suma que el procedimiento de licitación tiene la finalidad de regular y vigilar que la prestación de servicios públicos de cualquier naturaleza llevados a cabo por la Federación, las Entidades Federativas, los Municipios y los órganos político-administrativos, se encuentre conforme a las políticas, bases y lineamientos de la ley local indicada, administrándose los recursos públicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, a fin de satisfacer los objetivos para los que están

destinados, situaciones respecto de las cuales la sociedad está interesada en que se proteja.¹⁹

También es importante destacar que sería deseable la intervención de otros poderes y órganos del Estado, sobre todo cuando se trate de contrataciones públicas que impliquen gastos multimillonarios donde es necesaria la valoración y el debate por parte de los representantes del Estado.

Tratándose de adquisiciones y obras públicas cuantiosas, se podría señalar también la intervención de la Cámara de Diputados o del Senado de la República o del Congreso local respectivo, para que debatan respecto de las cuestiones de interés público involucradas, además de realizar un dictamen en la comisión respectiva, para analizar las cuestiones presupuestales presentes y futuras que estén comprometidas.

V. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS²⁰

Las diferentes normativas, de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen como mecanismos de impugnación de actuaciones y actos en materia de contratación pública, la inconformidad, la conciliación, el recurso administrativo de revisión, el juicio de nulidad y el juicio de amparo.²¹ En este apartado sólo nos referiremos a los tres primeros.

1. *Inconformidad*

Según lo dispuesto por las normativas citadas anteriormente, la Secretaría de la Función Pública conoce de las inconformidades que se promue-

¹⁹ Tesis de jurisprudencia PC.III.A. J/49 A (10a.), Pleno en materia Administrativa del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1096.

²⁰ Este apartado fue tomado por el autor de López Olvera, Miguel Alejandro, “Acciones judiciales para impugnar actuaciones y actos derivados de procedimientos de contratación pública. Problemas actuales y propuestas para México”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime et al., (eds.), *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Santo Domingo, República Dominicana, 2017.

²¹ Para profundizar en este tema, véase Moreno Molina, José Antonio y Cancino Gómez, Rodolfo, *La contratación pública internacional. Unión Europea-México*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018, pp. 74-78.

ven en contra de los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas.

En estos procedimientos, se puede presentar una inconformidad en los siguientes supuestos y plazos:

Convocatoria a la licitación, y juntas de aclaraciones. En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el interesado que haya manifestado su interés por participar en el procedimiento..., dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la última junta de aclaraciones;

Invitación a cuando menos tres personas. Sólo estará legitimado para inconformarse quien haya recibido invitación, dentro de los seis días hábiles siguientes;

Acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo. En este caso, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo, o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública.

Cancelación de la licitación. En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación, y

Actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley. En esta hipótesis, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los seis días hábiles posteriores a aquél en que hubiere vencido el plazo establecido en el fallo para la formalización del contrato o, en su defecto, el plazo legal.

En todos los casos en que se trate de licitantes que hayan presentado proposición conjunta, la inconformidad sólo será procedente si se promueve conjuntamente por todos los integrantes de la misma.

Asimismo, en la etapa de la inconformidad se puede decretar la suspensión de los actos del procedimiento de contratación y los que de éste deriven, siempre que lo solicite el inconforme en su escrito inicial y se advierta que existan o pudieran existir actos contrarios a las disposiciones de la ley o a las que de ella deriven, y, además, no se siga perjuicio al interés social ni se contravengán disposiciones de orden público.

En su solicitud, el inconforme deberá expresar las razones por las cuales estima procedente la suspensión, así como la afectación que resentiría en caso de que continúen los actos del procedimiento de contratación.

La resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad o, en su caso, a la intervención de oficio, podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de

Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

Como se puede observar, la inconformidad no es un medio de impugnación eficaz, en virtud de que es resuelta por la Secretaría de la Función Pública, una dependencia de la administración pública federal cuyo titular es nombrado por el presidente de la República, con la aprobación del Senado de la República, que, cabe señalarlo, tiene una mayoría de integrantes que pertenecen al partido del presidente de la República.

Asimismo, según los tribunales del Poder Judicial Federal, “la inconformidad sólo procede respecto de actos dictados en estos últimos procedimientos de contratación con el objeto de examinar la legalidad de las actuaciones encaminadas a determinar a quién o quiénes se otorgan las adquisiciones, arrendamientos o servicios, debido a la concurrencia u oposición de oferentes existentes”.²² Se excluye su aplicación en el procedimiento de adjudicación directa.

2. *Recurso de revisión*

De acuerdo con lo señalado en las normativas, la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad o, en su caso, a la intervención de oficio, podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

Las desventajas que se observan en la práctica, de la impugnación por medio del recurso administrativo, son las siguientes:²³

- Pueden ser factores que compliquen o que retarden la resolución de los asuntos; lo anterior, debido a que su instrucción puede requerir demasiado tiempo.
- No siempre permiten una verdadera conciliación, debido a que en un gran número de casos la administración pública se limita a confirmar su decisión inicial sin realmente reexaminar el expediente; otras veces es imposible realizar un nuevo examen, en razón de la gran extensión del procedimiento.

²² Tesis de jurisprudencia 2a./J. 1 87/2009, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 2009, t. XXX, p. 421.

²³ Véase nuestro artículo en López Olvera, Miguel Alejandro, “El recurso administrativo como mecanismo de control de la administración pública”, en Cisneros Farías, Germán *et al.* (coords.), *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, IIJ, UNAM, 2007, p. 232.

- La administración puede sentirse tentada a retardar la solución de un asunto; un ejemplo de ello lo constituye la solidaridad que existe en los cuerpos administrativos.

En la mayoría de las ocasiones, las personas lesionadas por los actos o resoluciones administrativos dictados por la administración pública tienen la convicción de que nada lograrán en esta vía, que no tiene sentido retrasar más el momento de acudir a los estrados de los tribunales, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.²⁴

Observamos que los mismos vicios y prácticas respecto de los recursos administrativos se aplican en los poderes Legislativo, Judicial y órganos autónomos, tanto federales como locales y municipales.

Por ello, consideramos que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se han hecho social, legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente cada día más intensas, y cada vez es más intolerable el mantenimiento del carácter obligatorio de los recursos administrativos, que en la práctica suelen ser ineficaces y, por tanto, una carga excesiva.²⁵

En su lugar, proponemos acciones directas ante las instancias jurisdiccionales, así como la creación de un fuero especializado.

3. Conciliación

De acuerdo con lo señalado en las normativas de adquisiciones, arrendamientos, servicios y de obras públicas, antes citadas, se puede acudir a la conciliación siempre y cuando el procedimiento sea a instancia de los proveedores, derivado de controversias por incumplimiento en los términos y condiciones pactados en el contrato.

Es decir, que una vez celebrado el contrato y durante su periodo de vigencia, pueden surgir controversias derivadas del incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos. Por lo que hace a la autoridad, ésta, si así lo considera pertinente y mediante el procedimiento administrativo, puede proceder a la rescisión del contrato.

En esos casos, las leyes establecen un procedimiento de conciliación para resolver los conflictos.

²⁴ González Pérez, Jesús, “La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año 11, núm. 14, 1999, pp. 43 y ss.

²⁵ Prado Moncada, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, *Lex. Difusión y Análisis*, año VII, núm. 92, febrero de 2003, p. 30.

Gabino Eduardo Castrejón García, al realizar un análisis de la eficacia de este mecanismo, concluye que

...más que un procedimiento conciliatorio para dirimir controversias derivadas de contratos administrativos, se trata de un procedimiento tendiente a obligar fundamentalmente al proveedor a llegar a un arreglo, ya que por una parte lo obliga a cumplir con los términos y condiciones del contrato; en el mejor de los casos a designar a terceros o peritos a que rindan su opinión, que prácticamente estamos en presencia de un arbitraje; y finalmente, a obligar al proveedor a acudir a instancias judiciales para reclamar sus derechos, no así a la autoridad, ya que tiene el procedimiento de rescisión.

En tales condiciones, podemos afirmar que se desvirtúa la conciliación, siendo su procedimiento ineficaz, sobre todo por lo que hace a la parte proveedora, y prácticamente se obliga a acudir a las instancias judiciales para reclamar sus derechos.²⁶

VI. PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

El actual modelo de fiscalización y de control de las contrataciones públicas es totalmente ineficiente por parte de las diferentes autoridades que deberían estar a cargo, como quedó explicado anteriormente, ya sea porque tienen o intereses económicos o personales de que se contrate a ciertas personas, físicas o morales.

En la mayoría de las ocasiones en las que se logra advertir que existen intereses de los participantes o de las autoridades, tanto los otros participantes como los ciudadanos, no pueden hacer nada para impedir el acto corrupto, ya que los mecanismos jurídicos, como evidenciamos anteriormente, son insuficientes para frenar o echar abajo una contratación corrupta.

Por ello, es necesario contar con instancias jurisdiccionales locales y federales, independientes e imparciales, encargadas de resolver con objetividad las controversias e impugnaciones en materia de contrataciones públicas.

El amparo podría ser el mecanismo ideal de control jurisdiccional de los procedimientos de contratación pública, a nivel federal, y a nivel local los tribunales de justicia administrativa.

²⁶ Castrejón García, Gabino Eduardo, “La ineficacia del procedimiento de conciliación en los contratos de la administración pública”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2007, p. 43.

Por ejemplo, en Colombia se puede interponer una acción popular en contra de actos derivados de procedimientos de contratación pública, la cual tiene un carácter preventivo, ya que su finalidad es evitar vulneraciones de derechos colectivos.²⁷

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido, efectivo”, y económico, agrega la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que se traduce en la eliminación de las normas que sean incompatibles con este derecho humano, y la expedición de otras que complementen y den operatividad y eficacia de estas directrices.

Por ello, consideramos que se deben eliminar de los procedimientos de contratación pública los mecanismos de la inconformidad, la conciliación y el recurso administrativo, ya que en la actualidad resultan incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

También, se deben establecer tribunales o salas o juzgados especializados en esta materia, además de diferentes tipos de acciones, para impugnar la diversidad de situaciones que se presentan en estos procedimientos de contratación pública.

Por ejemplo, las situaciones derivadas de los acuerdos verbales entre la administración pública y un particular, que no son revisables actualmente en sede judicial, como se puede apreciar en el siguiente criterio jurisprudencial del Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Tercer Circuito, que opina que

El artículo 14, fracción VII, de la ley orgánica del órgano jurisdiccional referido abrogada, señala que éste conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la administración pública federal. Por su parte, el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público dispone que cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las dependencias y entidades, y que los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el servidor público que lo haya hecho en el contrato o quien lo sustituya o esté facultado para ello. En ese contexto y tomando en cuenta que la doctrina jurídica ha diferenciado a los contratos civiles o privados, de los administrativos con finalidad

²⁷ Güecha Medina, Ciro Nolberto, *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 281.

de servicio público, entre otras razones, porque en estos últimos no opera el consentimiento tácito ni verbal como en aquéllos, sino que la voluntad de la administración pública debe manifestarse expresamente por escrito, a través de la firma de la autoridad competente, se concluye que el tribunal federal mencionado es incompetente para conocer del juicio contencioso administrativo contra el incumplimiento de la modificación de un contrato abierto por adjudicación directa celebrada verbalmente entre una entidad pública y un particular proveedor, porque no se trata de una resolución definitiva, acto administrativo ni procedimiento dictado por la autoridad demandada sobre interpretación y cumplimiento de contratos de adquisiciones, y no constituye un contrato administrativo con la finalidad de servicio público, ya que éste debe ser formalizado por escrito y contener la voluntad expresa de la dependencia correspondiente, mediante la firma del servidor público competente.²⁸

En materia de telecomunicaciones y en materia de competencia económica se eliminaron los recursos administrativos, y ahora hay acciones judiciales directas.

Fortalecer los poderes judiciales, federales, locales y municipales, que sean imparciales e independientes para que puedan revisar con objetividad los procedimientos de contratación pública.

Al respecto, es importante recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda que se establezcan en los Estados, acciones de tutela cautelar, acciones contra violaciones de derechos humanos individuales y acciones contra violaciones a derechos humanos colectivos.²⁹

Es una obligación pendiente de cumplir. Y tratándose del combate a la corrupción, urge.

²⁸ Tesis Aislada III.6o.A.2 A (10a.), Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. IV, octubre de 2017, p. 2499. Rubro: MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO ABIERTO POR ADJUDICACIÓN DIRECTA CELEBRADA VERBALMENTE ENTRE UNA ENTIDAD PÚBLICA Y UN PARTICULAR PROVEEDOR. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA (ACTUALMENTE TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA) ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA SU INCUMPLIMIENTO.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pp. 77-84.