

CONSIDERACIONES EN TORNO AL CAPÍTULO DE COMPRAS GUBERNAMENTALES DEL TLCAN Y SU EVENTUAL IMPACTO EN EL DERECHO MEXICANO

Raúl JIMÉNEZ VÁZQUEZ

I. LA REGULACIÓN DE LAS COMPRAS GUBERNAMENTALES EN EL CAPÍTULO X DEL TLCAN

A. Objetivo del capítulo

El capítulo X del TLCAN, denominado “Compras del sector público”, tiene como objetivo central la apertura de los mercados de compras gubernamentales de Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México, mediante el establecimiento de procedimientos claros, precisos, transparentes y predecibles, que aseguren un trato justo, no discriminatorio a todos los proveedores de la zona norteamericana de libre comercio y, por consiguiente, una base de igualdad en las condiciones de acceso a las oportunidades derivadas de los requerimientos de abasto de las áreas compradoras de los países suscriptores del TLCAN.

Con ello, se eliminan barreras de tipo discriminatorio como las contenidas en la Ley Compre Americano de los Estados Unidos de Norteamérica.

Asimismo, se imprime un sesgo de reciprocidad a la apertura del mercado que gradualmente se ha venido dando en México, a través del uso de la figura administrativa de la licitación pública internacional.

B. Estructura

El capítulo está conformado por cuatro secciones, diez anexos y tres apéndices.

Las secciones son propiamente la materia sustantiva del capítulo y se refieren, la "A", al ámbito de aplicación y cobertura de las obligaciones; la "B" a los procedimientos de licitación; la "C" a los procedimientos de impugnación; y la "D" a las disposiciones de carácter general.

Los anexos reglamentan artículos específicos de las secciones.

Los apéndices a su vez sirven para desagregar algunos aspectos informativos contenidos en los anexos.

C. Ámbito de aplicación

Este apartado del Tratado Trilateral de Libre Comercio tiene por objeto de regulación el control de las medidas que las partes adopten o mantengan en relación a las compras, arrendamientos o arrendamientos financieros de bienes, servicios y servicios de construcción, que efectúen las dependencias y entidades federales de México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá que fueron expresamente listadas en los anexos 1001.1A1 y 1001.1A2. Eventualmente, dependiendo del resultado de futuros procesos de negociación, a dicho universo podrán agregarse los órganos u organismos administrativos estatales o provinciales que las partes estimen pertinentes.

Las partes pueden modificar las listas sólo en circunstancias excepcionales. Para ello, previa notificación de la modificación al secretariado de la comisión encargada de la administración del tratado, se debe proponer a las contrapartes los ajustes compensatorios apropiados a su cobertura, de manera que ésta se mantenga en un nivel comparable al existente antes de la modificación.

Si bien es verdad que la norma zonal no impide a las partes llevar a cabo la enajenación de una entidad contemplada en las listas, dada la hipótesis de objeción de alguna de las contrapartes de inmediato se abrirá el procedimiento institucional de solución de controversias a que se refiere el capítulo XX.

D. Bienes

En los términos de la sección “A” del anexo 1001.IB1, los bienes sujetos a las reglas del TLCAN son *todos* los que adquieran o tomen en arrendamiento las dependencias y entidades incluidas en los anexos mencionados, salvo los que estén excluidos en otras partes del capítulo y a los cuales haremos una breve referencia, así como los que en forma específica se enuncian en la sección “B”.

Tal sección se refiere a ciertas familias de bienes identificadas a dos dígitos según las reglas y la metodología del clasificador norteamericano FSC (Federal Supply Classification).

E. Servicios

Estén o no relacionados con bienes muebles o inmuebles, sean o no parte integrante de una obra pública, hasta el 30 de junio de 1995, México *sólo* sujetará a la normatividad del TLCAN los servicios que expresamente se detallan en el apéndice 1001.IB2A, cuya estructuración responde a las reglas y la metodología del Código de las Naciones Unidas denominado Central Product Classification (CPC).

Después de la fecha apuntada, *todos* los servicios a contratar por las dependencias y entidades afectas al TLCAN deberán registrarse por el capítulo de compras gubernamentales, salvo los que en definitiva decida excluir nuestro país en adición a los ya excluidos en el anexo 1001.IB2, destacando por su importancia los contratos de servicios de transportación terrestre, marítima y aérea.

F. Servicios de construcción

La contratación de servicios de construcción será materia de la regulación trilateral *sólo* cuando se trate de los rubros especificados en el apéndice 1001.IB3A, los cuales están circunscritos a la división 51 del Clasificador CPC, denominada “Construcción”.

G. *Contratos excluidos per se del capítulo*

Junto con los contratos de compra de armas, municiones, materiales de guerra, o de bienes para proteger la moral, el orden, la seguridad pública, la salud y la vida humana, animal o vegetal, en el capítulo X se establece que cualquiera que sea su monto y condiciones por definición están fuera de la regulación de la zona norteamericana de libre comercio los contratos siguientes:

- a) Los derivados de acuerdos de cooperación internacional.
- b) Los financiados por organismos regionales o multilaterales.
- c) Los celebrados entre las propias entidades paraestatales.
- d) Las compras de combustible y gas.
- e) Las compras de bienes agrícolas destinados a la agricultura o a la alimentación humana, las compras efectuadas con miras a la reventa gubernamental.
- f) Los servicios de transporte que sean parte de un contrato de compra.

H. *Contratos excluidos por su monto del capítulo*

Con respecto a México, las partes suscriptoras del Tratado de Libre Comercio acordaron excluir del ámbito de aplicación del capítulo los bienes y servicios que adquieran las dependencias y ciertos organismos públicos, cuyo valor total no sea superior a 50 000 dólares americanos, y a seis y medio millones si se trata de servicios de construcción.

Para el caso de las entidades paraestatales los umbrales en cuestión son los siguientes: 250 000 dólares para bienes y servicios, y ocho millones para los servicios de construcción.

Canadá y Estados Unidos de Norteamérica mantuvieron en sus términos el umbral negociado desde el Acuerdo Bilateral de Libre Comercio, esto es, 50 000 dólares para todo tipo de operaciones enmarcadas bajo la disciplina de la zona.

El valor de los contratos será calculado y ajustado de conformidad con la tasa inflacionaria de los Estados Unidos de Norteamérica, según un mecanismo de indicación y conversión que se detalla en el anexo 1001.IC.

I. Contratos susceptibles de exclusión en el marco de la reserva temporal negociada por México

En el anexo 1001.2A se dispone que del valor total de los contratos de Pemex y CFE afectos al TLCAN, México podrá reservar cada año de calendario el por ciento siguiente para su manejo fuera de la normatividad emanada del capítulo de compras gubernamentales:

1994: 50%

1995: 45%

1996: 45%

1997: 40%

1998: 40%

1999: 35%

2000: 35%

2001: 30%

2002: 30%

2003 en adelante: 0%

El tratado contempla algunas disposiciones que tratan de prevenir excesos en el aprovechamiento de la reserva del mercado o en la determinación de las familias de bienes que pueden resultar beneficiadas con la implementación de la reserva.

En lo que a las compras de medicamentos se refiere, el capítulo prescribe que sus disciplinas *les* serán aplicables a partir del 1o. de enero de 2002, siempre y cuando aquellos carezcan de patente nacional.

J. Contratos susceptibles de exclusión en el marco de la reserva permanente negociada por México

A partir del año 2003, del valor total de los contratos sujetos a las reglas de la Zona Pemex y CFE podrán excluir un monto no superior a los 300 millones de dólares americanos en cada año de calendario, según los criterios y limitaciones que establecen a fin de evitar esquemas de sobreprotección industrial.

A la reserva del sector energético se añade otra específicamente negociada para el resto de las áreas compradoras del gobierno federal, del orden de los 1 000 millones de dólares en cada año hasta el 31 diciembre del año 2002, y de 1 200 millones a partir del uno de enero del 2003.

K. Proyecto llave en mano

No obstante la prohibición genérica a la cual aludiremos a continuación, en el anexo 1001.2B se permite a las partes fijar requisitos de contenido local de no más de un 40% para proyectos llave en mano que sean intensivos en mano de obra, y de un 25% para los que sean intensivos en capital.

Para los efectos del TLCAN, “proyecto llave en mano” es aquel proyecto de construcción, suministro o instalación en el que se satisfacen las siguientes condiciones: i) el contratista principal tiene la facultad de seleccionar a los contratistas generales o subcontratistas y asume el riesgo de la no realización del proyecto, ii) no debe haber fondeo oficial mexicano del proyecto, iii) el resultado del proyecto debe ser operado o adquirido por una dependencia o entidad cubierta por el capítulo de compras gubernamentales.

L. Principales reglas aplicables a los contratos afectos al TLCAN

Nos ocuparemos ahora de las principales reglas establecidas en el capítulo X para la regulación del proceso de adjudicación de los contratos insertos en la disciplina zonal.

a) Trato nacional y no discriminatorio

Este primer principio enuncia que cada una de las partes debe otorgar a los proveedores, bienes, servicios y servicios de construcción procedentes de otra parte, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus propios bienes y proveedores y a los de otra parte. También nos indica que no es válido discriminar a un proveedor establecido en el territorio de una parte en razón del grado de la afiliación, de la propiedad extranjera o del origen de los bienes o servicios.

b) Reglas de origen

Las reglas de origen a aplicar a los bienes importados de cualquier otra parte no podrán ser distintas o incompatibles con las reglas de origen que el país del importador aplica en sus operaciones comerciales normales.

c) Prohibición de compensaciones

Las partes tienen prohibido solicitar o imponer compensaciones en la calificación y selección de proveedores, en la evaluación de ofertas o en la adjudicación de los contratos. Por compensaciones se entiende cualquier condición impuesta para fomentar el desarrollo local o mejorar la balanza de pagos, tales como: requisitos de contenido local, concesión de licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensado u otros requisitos análogos.

d) Especificaciones técnicas

Las partes no pueden elaborar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas que tengan como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.

Las especificaciones serán definidas en términos de criterios de funcionamiento en lugar de características de diseño o descriptivas; se basarán en normas internacionales, normas nacionales reconocidas o códigos de construcción; no exigirán ni harán referencia a una determinada marca o nombre comercial, patente, diseño o tipo, a menos que no exista otra forma suficientemente precisa de describir el requerimiento, siempre que en estos casos se incluyan en las bases de licitación frases como "o equivalente".

e) Calificación de proveedores

El procedimiento calificación de proveedores no podrá ser utilizado para discriminar entre proveedores de las otras partes ni entre proveedores nacionales y extranjeros.

Las condiciones para participar en los procedimientos de licitación se limitarán a las indispensables para asegurar el cumplimiento del contrato.

La capacidad financiera, comercial y técnica de un proveedor será determinada considerando su actividad global, es decir, tanto la actividad desplegada en el territorio del país de origen del proveedor como la realizada en su caso, en el territorio de la parte compradora.

Al interior de cada una de las entidades se utilizará un procedimiento único de calificación. Los procedimientos adicionales serán previamente negociados con los gobiernos correspondientes.

f) Lista permanente de proveedores

A fin de obviar la calificación de los proveedores en cada licitación, las dependencias y entidades pueden instrumentar y utilizar una lista permanente de proveedores calificados cuyas altas y bajas deberán ser debida y oportunamente notificadas a los interesados.

Si un proveedor no inscrito en la lista solicita su calificación para participar en un determinado procedimiento de adjudicación, su petición deberá ser atendida siempre que se disponga de tiempo suficiente para ello y no se altere el eficiente funcionamiento del sistema de compras de la convocante.

g) Procedimientos de licitación

En función de los principios generales de no discriminación y de igualdad de acceso a la información generada por las convocantes, en el capítulo se regulan los siguientes aspectos:

a) Tipos de licitación: pública, selectiva y restringida. En la primera, todos los proveedores interesados pueden presentar ofertas; en la segunda, los proveedores facultados para presentar ofertas son aquellos a los que la dependencia o entidad haya invitado a hacerlo; en la tercera, la dependencia o entidad se comunica directa o individualmente con los proveedores bajo los supuestos y las condiciones reguladas en el artículo 1011.

b) Requisitos de la convocatoria.

c) Plazos para ofertar.

d) Bases de licitación.

e) Disciplina de negociación.

f) Reglas de presentación, recepción, apertura de ofertas y adjudicación de contratos.

h) Procedimientos de impugnación

El capítulo contempla dos procedimientos de impugnación en contra del proceso de contratación de bienes, servicios y servicios de construcción, mismo que se inicia a partir de la definición del requerimiento y continúa con la adjudicación del contrato: la queja y la impugnación o inconformidad. Ambos procedimientos responden a la premisa básica de promover mecanismos de contratación justos, abiertos e imparciales.

La queja es susceptible de planteamiento por el proveedor inconforme ante el área encargada de la contratación. Pretende ser un procedimiento básicamente de consulta, en el que ambas partes deben analizar sus respectivos puntos de vista en un clima de buena fe y mutuo respeto.

Intentada o no la queja, o bien si ésta fue resuelta en forma insatisfactoria para los intereses del proveedor éste tiene derecho a intentar el procedimiento de impugnación o inconformidad ante una autoridad revisora sin interés sustancial en el resultado de la compra. Tal autoridad será en el caso de México la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Se trata de un procedimiento administrativo de características más formales, en el que incluso es posible ordenar la suspensión de la adjudicación del contrato, salvo motivos de urgencia o de interés público. El resultado principal de la inconformidad adoptará la forma de una resolución sobre la congruencia del proceso impugnado con las normas del capítulo; también puede incorporar recomendaciones en el sentido de evaluar otra vez las ofertas; dar por terminado el contrato o someterlo a una nueva licitación, así como observaciones y propuestas concretas de mejora de los mecanismos de contratación.

Trátase de quejas o de inconformidades, el plazo de impugnación a legislar por las partes no será menor de 10 días hábiles contados a partir de la fecha en que el proveedor conozca o debió conocer el acto presuntamente irregular.

Para ese propósito, las áreas compradoras están obligadas a integrar y mantener por un lapso mínimo de tres años la documentación completa de cada una de las operaciones celebradas, incluyendo un registro escrito de las comunicaciones relevantes generadas con tal motivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno del proveedor inconforme puede solicitar información adicional sobre la adjudicación de un contrato a fin de determinar si la compra se realizó en forma justa e imparcial, especialmente en relación a las ofertas no elegidas como solventes o ganadoras. El informe relativo deberá brindar elementos de juicio acerca de las bondades de la oferta ganadora.

M. Suministro de información

Al margen de compromisos específicos de información en materia de regulaciones en vigor, procedimientos de compras, etcétera, con miras a

fiscalizar el debido cumplimiento del TLCAN, las partes tienen la obligación de proporcionar un informe anual sobre:

- a. Estadísticas sobre el valor estimado de los contratos adjudicados, tanto inferiores como superiores al valor de los umbrales, desglosado por entidades.
- b. Estadísticas sobre el número y el valor total de los contratos superiores al valor de los umbrales, desglosadas por entidades, por categorías de bienes y servicios y por país de origen.
- c. Estadísticas sobre el número y valor total de los contratos adjudicados conforme a las excepciones establecidas en los anexos relativos a las reservas temporales y permanentes, desglosadas por entidades.

Asimismo, incorporarán la explicación y descripción de aspectos específicos, como los procedimientos de queja o inconformidad, así como la información relativa a las mencionadas oportunidades del mercado.

N. Cooperación técnica

El objetivo global de la apertura de los mercados de compras gubernamentales no sería fácil de alcanzar sin los medios idóneos de la cooperación técnica.

Es por eso que el capítulo que estamos examinando contiene algunas provisiones sobre el particular:

Cada parte deberá proporcionar a las otras y a sus proveedores información sobre programas de capacitación y orientación en relación a sus sistemas institucionales de compras.

Tales programas deberán incluir tanto la capacitación de los servidores públicos como la de proveedores interesados en aprovechar las oportunidades de mercado.

El comité servirá de medio de apoyo a las partes para:

Identificar mecanismos de adiestramiento de los empleados de esas industrias en el campo de las compras gubernamentales.

Identificar empresas interesadas en convertirse en socios comerciales de otras empresas de la zona.

Desarrollo de bases de datos susceptibles de aprovechamiento en la realización de operaciones.

Realización de consultas sobre aliento a los programas de dichas empresas.

O. *Programas para la micro, pequeña y mediana industria*

Con objeto de promover oportunidades de compra para la micro, pequeña y mediana industria, las partes suscriptoras del Tratado Trilateral establecerán en un plazo de 12 meses un comité *ad hoc* que deberá funcionar cuando menos una vez al año.

II. LA REGULACIÓN DE LAS COMPRAS GUBERNAMENTALES EN EL DERECHO MEXICANO

A. *Constitución federal*

El marco jurídico de las compras, servicios y obras públicas de la Administración Pública Federal está constituido por diversos ordenamientos, cuyos principios fundamentales es menester repasar en forma somera.

En primer término, la Constitución Federal dispone en su artículo 134 que las adquisiciones, prestación de servicios y contratación de obra, entre otros rubros del gasto público, que realicen el Gobierno Federal y el del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se adjudicarán a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

De igual modo dispone que cuando las licitaciones no sean el medio idóneo para asegurar dichos requisitos, *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.*

B. *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Relacionados con Bienes Muebles*

Tal mandato constitucional es reglamentado en el campo administrativo que nos ocupa por dos cuerpos legales: la Ley de Adquisiciones, Arrenda-

mientos y Servicios relacionados con Bienes Muebles, y la Ley de Obras Públicas.

La primera de ellas contiene los siguientes aspectos relevantes:

- a. En su artículo 13, fracciones V y VI, establece que las dependencias y entidades realizarán la planeación de sus adquisiciones, arrendamientos y servicios y formularán los programas respectivos, considerando preferentemente la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional, así como aquellos propios de la región, con especial atención a los sectores económicos cuya promoción, fomento y desarrollo estén comprendidos en los objetivos y prioridades del Plan Nacional y los Programas de Desarrollo correspondientes; y dando preferencia a la inclusión de insumos, material y equipo, sistemas y servicios que tengan incorporada tecnología nacional.
- b. En el artículo 26 se reitera que la licitación pública es el procedimiento general a observar en la adjudicación de pedidos y contratos, eximiendo del mismo los casos en que el pedido o contrato *sólo pueda fincarse o celebrarse con determinada persona, por ser ésta la titular de la o las patentes de los bienes o servicios de que se trate.*
- c. A lo largo de los artículos 27 a 34, inclusive, se regulan las distintas etapas de la licitación pública: elaboración y publicación de la convocatoria, elaboración y entrega de las bases, recepción y apertura pública de ofertas, evaluación y dictaminación, fallo y adjudicación.
- d. En el 39 se contempla la posibilidad de que las dependencias y entidades finquen pedidos o contratos sin ajustarse al procedimiento de licitación pública, previa convocatoria a por lo menos uno, tres y ocho proveedores, según los montos autorizados en los Presupuestos de Egresos de la Federación y del Distrito Federal, cuando ello resulte inconveniente en razón del costo de dicho procedimiento.
- e. En el numeral 35 se faculta a las dependencias y entidades para fincar los pedidos o contratos en los supuestos y con sujeción a las formalidades previstas por los artículos 36, 37 y 38, debiendo fundarse en *critérios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado*, según dictamen justificativo a elaborar para ese efecto.
- f. En el artículo 36 se expresa que el *Presidente de la República autorizará el fincamiento de pedidos o la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios, y establecerá los medios de control que sean pertinentes, cuando se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o*

sean necesarios para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior.

g. En el 37 se indica que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, pueden fincar pedidos o contratos de manera directa, en los casos siguientes:

a) *Adquisición de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprocesados y bienes usados.*

b) *Cuando peligre el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales, por casos fortuitos o de fuerza mayor; o cuando existan circunstancias que puedan provocar trastornos graves, pérdidas o costos adicionales importantes.*

c) *Cuando no existan por lo menos tres proveedores idóneos, previa investigación del mercado.*

d) *Cuando se trate de servicios de mantenimiento, conservación, restauración y reparación de bienes en los que no sea posible precisar alcances, conceptos, cantidades o especificaciones de trabajo.*

e) *Cuando se hubiere rescindido el contrato o pedido respectivo.*

f) *Cuando se trate de bienes a adquirir mediante operaciones no comunes de comercio.*

g) *Cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se lleve a cabo con campesinos o grupos urbanos marginados, y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos o con las personas morales constituidas por ellos.*

h. En el 38 se alude al supuesto de adquisición de bienes para *comercialización* o para *sometimiento a procesos productivos*, en el que se deja a las dependencias y entidades la opción de licitar o no la adjudicación de los pedidos y contratos.

i. El artículo 46 faculta a los proveedores que hubieren participado en las licitaciones para inconformarse ante la convocante o la Secretaría de la Contraloría en contra de cualquier acto ocurrido a lo largo o con posterioridad al procedimiento adjudicatorio. El plazo para ese efecto es de 10 días naturales. En los términos del artículo 54, es posible suspender el cumplimiento de las obligaciones pendientes si con ello no se causa perjuicio, al orden público o al interés social.

C. *Ley de Obras Públicas*

Por cuanto hace a la Ley de Obras Públicas, son de mencionarse los siguientes puntos de regulación:

a. En el artículo 13, fracción IV, se ordena que en el proceso de planeación se consideren materiales, productos, equipos y procedimientos de *tecnología nacional*.

b. En el artículo 30 se refrenda la observancia de la regla general de la licitación pública detallando las etapas de la misma en los artículos 31 y 32.

Los casos de excepción a la regla de licitación pública se encuentran previstos en los artículos 26, 55 y 56; el primero, referente a los servicios relacionados con la obra pública; el segundo, relativo a la ejecución de obras con fines militares; y el tercero, a la adjudicación directa en los casos que a continuación se señalan:

a) Peligro de alteración del orden social, la economía, los servicios públicos, etcétera, por casos fortuitos o de fuerza mayor.

b) Rescisión de contratos.

c) Trabajos que requieren de la aplicación de *sistemas y procedimientos de tecnología avanzada*.

d) Trabajos de conservación y mantenimiento en los que no sea posible identificar alcances, conceptos o especificaciones.

e) También se consigna en el artículo 57 la posibilidad de no ajustarse al procedimiento de la licitación, cuando el costo del mismo resulte inconveniente, previa convocatoria a una o tres personas, según el caso.

Finalmente, en el artículo 58 bis se regula un mecanismo de inconformidad idéntico al de la Ley de Adquisiciones.

D. *Reglamento de la Ley de Adquisiciones*

Son pertinentes algunas menciones al Reglamento de la Ley de Adquisiciones.

En el artículo 60, se señala que las operaciones serán *preferentemente de carácter nacional, salvo que por precio, calidad, cantidad, tiempo de entrega, servicios, garantía u otros aspectos procedentes, sea conveniente convocar tanto a proveedores nacionales como extranjeros; en tal caso se deberá elaborar dictamen escrito que justifique dicha conveniencia*.

En el 15 se marca que licitación pública nacional es aquella en la que podrán participar únicamente proveedores *establecidos en el país, y en la que los bienes a adquirir cuenten cuando menos con un 50% de contenido nacional, incluida la mano de obra*; licitación pública internacional es aquella en la que pueden participar proveedores del país y del exterior, y en la que los bienes a adquirir son de origen nacional o extranjero, sin que necesariamente sea exigible algún grado de integración nacional.

En el artículo 3º, se precisa que los órganos de gobierno de las entidades expedirán las políticas, bases y lineamientos en materia de bienes muebles, que contemplen los aspectos que el mismo consigna, es decir, procedimientos de concurso, evaluación de ofertas, etcétera.

E. Reglamento de la Ley de Obras Públicas

Continuando con nuestro estudio es preciso centrarnos ahora en las normas pertinentes del Reglamento de la Ley de Obras Públicas:

Por principio, en el artículo 11 se marca que en la formulación de los programas de presupuestos anuales de obra deberán tomarse en cuenta los objetivos, metas, prioridades y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, regionales, institucionales y especiales.

Se consideran servicios relacionados con la obra pública todos aquellos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto, así como los relativos a las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas, supervisión de la ejecución de las obras y estudios que permitan rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA DISCIPLINA ZONAL Y EL DERECHO MEXICANO

Una vez hecha la exposición sistemática del capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y de las partes conducentes de los ordenamientos constitucionales, legales y reglamentarios aplicables a la materia, es procedente ocuparnos ahora de su análisis comparativo a fin de poder precisar cuál será el eventual impacto que la disciplina zonal tendrá en el derecho mexicano.

En primer lugar, se advierte que el ámbito material de validez jurídica del capítulo de compras gubernamentales es mucho más amplio que el campo de regulación de la normatividad nacional, ya que éste se encuentra circunscrito a la contratación de bienes muebles, obras públicas y servicios relacionados con unos y otras, mientras que la literalidad del primero abraza todo tipo de bienes e incorpora tanto los servicios puros, es decir, que no están vinculados a un bien mueble o inmueble, como los proyectos integrales o llave en mano.

También se observa que al tener como objetivo primario de regulación jurídica el control de las medidas regulatorias que las partes adopten o mantengan en relación a las compras, los arrendamientos o los arrendamientos financieros de bienes, servicios y servicios de construcción, que efectúen las dependencias y entidades federales consignadas en los anexos; el capítulo X tiene por efecto directo e inmediato el limitar los poderes normativos de los países miembros de la zona, pues es evidente que los mismos no podrán ser ejercidos de modo incompatible con el conjunto de las políticas, procedimientos, mecanismos y obligaciones materia del Tratado Trilateral de Libre Comercio.

Dado los principios que informan la base sustantiva del capítulo, cuya concreción mayor reside en el compromiso internacional de brindar un trato nacional y no discriminatorio a los proveedores procedentes de otras partes de la zona, se desvanece el postulado jurídico de la preferencia que en favor de bienes, servicios, proveedores y contratistas de origen nacional establecen las Leyes de Adquisiciones y de Obras Públicas.

Una vez que entre en vigor el TLCAN, la preferencia nacional será ejercitable en el marco de las exclusiones y reservas, tanto temporales como permanentes, negociadas por nuestro país.

Si bien es verdad que la preferencia nacional no está referida a margen económico alguno, es un hecho que en tales ordenamientos jurídicos y sus dispositivos reglamentarios se otorgan a los servidores públicos encargados de la función de compras gubernamentales un margen de discrecionalidad administrativa para decidir el alcance nacional o internacional de las licitaciones públicas. Dicha discrecionalidad será sustituida por la obligación inexcusable de someter la adjudicación de los contratos correspondientes a los procedimientos licitatorios previstos en la normatividad trilateral.

Lo mismo ocurrirá con el rango de razonable discrecionalidad con el que hoy en día las áreas competentes de las dependencias y entidades toman decisiones operativas en eventos tales como: configuración de especifica-

ciones técnicas, aplicación de sistemas de calificación de proveedores y contratistas, no emisión del fallo de la licitación, etcétera, los cuales por definición tendrán que ajustarse a las reglas del tratado.

Salvo en la parte relativa a los plazos mínimos a satisfacer por la dependencia o entidad convocante, puede decirse que el flujo operacional de la licitación pública que prefigura el TLCAN es similar al que se regula en el orden jurídico mexicano.

No ocurre lo mismo con la licitación selectiva que previene el capítulo, pues se trata de un procedimiento administrativo que no es asimilable a ninguno de los mecanismos concursales previstos en el derecho nacional.

En cuanto a la licitación restringida, ésta es ciertamente muy parecida a la adjudicación directa de pedidos y contratos vigente en nuestro país. Sin embargo, sus hipótesis normativas y medios de explicación y justificación ante instancias diferentes del área convocante varían tanto en orientación filosófica como en el procedimiento administrativo a seguir.

La figura de la lista permanente de proveedores calificados, así como sus políticas de operación en relación a las altas y las bajas de los interesados, no se encuentra consagrada en la normatividad en vigor.

El mecanismo de queja administrativa ante el área compradora constituye una novedad para el derecho mexicano.

El procedimiento de inconformidad ante el tercero independiente, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en nuestro caso, es perfectamente subsumible en la instancia administrativa que establecen la Ley de Adquisiciones y la Ley de Obras Públicas, salvo en la parte que se refiere al plazo de interposición de la vía de defensa —10 días hábiles, según el TLCAN—, al ámbito material de la disputa —desde la configuración misma de las especificaciones técnicas según el TLCAN— y al alcance jurídico de la resolución que dicte la Dependencia —una recomendación, según el TLCAN.

Naturalmente el tratado impone obligaciones de información periódica a las contrapartes que no prevé nuestra regulación positiva.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A modo de grandes conclusiones y recomendaciones es posible apuntar las siguientes:

Primera. Debido a su filosofía de regulación jurídica, sus objetivos específicos, su ámbito material de validez, sus políticas, sus procedimientos, sus mecanismos de control, seguimiento y evaluación de las decisiones de las partes suscriptoras del TLCAN; es claro que el capítulo de compras gubernamentales sí impactará la estructura presente de la normatividad nacional aplicable a la contratación de bienes, servicios y servicios de construcción.

Segunda. De acuerdo al principio constitucional que enuncia que una ley emanada del Congreso de la Unión sólo puede ser reformada, adicionada o derogada por otra del mismo nivel jerárquico, también es dable afirmar que para la debida y oportuna instrumentación al interior del país de los compromisos asumidos en el contexto del Tratado Trilateral de Libre Comercio, es necesario adecuar los ordenamientos jurídicos aplicables a la materia.

Tercera. En tal virtud, se recomienda la modificación tanto de las leyes de Adquisiciones y de Obras Públicas como de sus reglamentos, de modo que su articulado refleje con la mayor precisión posible la nueva normatividad.

Cuarta. También se sugiere que las dependencias y entidades sujetas a las reglas del TLCAN emprendan cuanto antes los trabajos conducentes con el fin de definir, instrumentar y difundir con la debida oportunidad los cambios o ajustes a las estructuras, las políticas, los procedimientos, los formatos e instructivos y los sistemas de registro e información periódica, que sean indispensables para alcanzar el debido cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en la mesa de negociación.

Quinta. En particular, se recomienda que las dependencias y entidades revisen con todo detenimiento los siguientes aspectos de la función de compras gubernamentales: normatividad interna, sistemas de configuración de especificaciones, sistemas de calificación de proveedores, sistemas de normalización nacional e internacional, sistemas de licitación, sistemas de registro e información periódica, sistemas de control y auditoría interna, sistemas de manejo de quejas o inconformidades y sistemas de capacitación y difusión.

Sexta. También será menester definir jurídicamente la forma y términos en que deberán ser integradas y aprovechadas las reservas de mercado establecidas en favor de nuestro país.

NOTA COMPLEMENTARIA

Entregado el presente ensayo para su publicación, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, cuya interrelación con el capítulo de compras gubernamentales del TLCAN es de capital importancia, por lo que nos vimos obligados a comentarla a última hora en la forma que sigue y según se desprende del repaso de los aspectos relevantes de la primera:

1. Como claramente se apunta en la exposición de motivos, entre otros objetivos de regulación la iniciativa pretende facilitar la coexistencia de tratados internacionales en los que se prevea el tema de compras gubernamentales con el orden jurídico nacional aplicable a la materia.

2. Tal objetivo de coexistencia normativa es fundamentalmente alcanzado mediante la regla contenida en el artículo 5º, según la cual, la aplicación de la ley será sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados.

3. Lo anterior significa —salvo error, omisión o interpretación oficial en contrario— que en tratándose de operaciones contractuales sujetas a la disciplina trilateral, los principios, procedimientos, términos y condiciones del capítulo de compras gubernamentales serán de aplicación preferente en caso de que el texto puntual de la ley no establezca disposición alguna en relación a un aspecto particular y concreto del TLCAN, o bien contemple una prescripción distinta a la letra o el espíritu del tratado, la cual se entendería aplicable solamente a las contrataciones ajenas a las reglas de la zona norteamericana de libre comercio.

4. En concordancia con la normatividad zonal, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley serán objeto de una misma perspectiva jurídica los distintos mecanismos de contratación de bienes, servicios —estén o no relacionados con bienes muebles u obras públicas— y los servicios de construcción.

5. En materia de especificaciones técnicas, en el artículo 18, fracción V, se dispone que éstas serán congruentes con los mandatos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización y serán aplicables por igual a bienes de origen nacional o extranjero.

6. En el artículo 23, se recoge el compromiso asumido por nuestro país frente a Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, en el sentido de dar a conocer las oportunidades de negocios en el campo de las compras gubernamentales, vía la entrega a los interesados, a más tardar el 31 de marzo del

año de que se trate, de los programas anuales de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública; en ese precepto se aclara que ello de ninguna manera implicará compromiso alguno de contratación, por lo que los programas podrán ser adicionados, modificados, suspendidos o cancelados sin responsabilidad alguna para la dependencia o entidad.

7. En el artículo 31 se indica que, entre otros supuestos legales, la licitación pública de carácter internacional será el procedimiento a seguir por las dependencias y entidades cuando tal circunstancia resulte obligatoria en los términos de los tratados.

8. En el mismo numeral se faculta a la Secretaría de Comercio para efectuar la determinación de los casos en los que los contratos objeto de reservas, medidas de transición u otros supuestos establecidos en los tratados serán materia de licitaciones públicas de carácter nacional.

9. En el artículo 32 se prevé la creación de un instrumento administrativo requerido por el tratado: la publicación especializada en el campo de las compras gubernamentales, misma que en el caso de México consistirá en una sección especializada del *Diario Oficial de la Federación*.

10. En el mismo orden de ideas, en la convocatoria deberá especificarse si la licitación será realizada bajo la cobertura de algún tratado; también deberá señalarse el idioma o idiomas en que podrán presentarse las proposiciones.

11. Expresamente se previene en el artículo 33 que tanto en licitaciones nacionales como internacionales los requisitos y condiciones de las bases de licitación serán los mismos para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, plazos para la ejecución de los trabajos, normalización, forma y plazo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías.

A través de esta disposición es claro que se está actualizando el principio genérico que informa todo el capítulo de compras gubernamentales, esto es, el trato nacional y la no discriminación.

12. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43, en los procedimientos de contratación, las dependencias y entidades optarán, en igualdad de condiciones, por el empleo de los recursos humanos del país y por la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional y los propios de la región, salvo lo dispuesto en los tratados.

BIBLIOGRAFÍA

- A guide to the North American Free Trade Agreement: implications for U.S. Business*, International Division U.S. Chamber of Commerce, 1992.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 1988.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979.
- FARRO FARAH, Gerardo y HUACUJA BETANCOURT, Sergio, *La regulación del proceso de las adquisiciones del gobierno federal*, edición de los autores, 1982.
- FAYA VIESCA, Francisco, *Administración pública federal*, México, Porrúa, 1979.
- H. Bello, Judith, *Guide to the U.S.-Canada Free Trade Agreement*, Prentice Hall Law & Bussines, 1990.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su Septuagésimo Aniversario*, México, UNAM, 1992.
- MATTERA, Alfonso, *El mercado único europeo, sus reglas y su funcionamiento*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987.
- Renovación nacional a través del derecho. La obra legislativa de Miguel de la Madrid*, México, Porrúa, 1988.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Secofi, 1992.
- Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos. Resumen*, México, Secofi, 1992.
- WITKER, Jorge, *Derecho del comercio internacional*, Universidad de Guadalajara, 1981.
- , *Códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México*, México, UNAM, 1988.
- , *El régimen jurídico del comercio exterior de México. Del GATT al Tratado Trilateral*, México, UNAM, 1991.
- , *Derecho económico*, México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1985.