

CONSIDERACIONES SOBRE LA TUTELA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Raúl RAMÍREZ MEDRANO

SUMARIO: *Presentación. I. Introducción. 1. Significación del concepto. 2. Naturaleza Jurídica de la Licitación Pública. 3. Secuencia del procedimiento. a) La convocatoria pública. b) Las bases de la licitación. c) El acto de apertura de ofertas. d) Evaluación y fallo. 4. El Régimen Jurídico de la Licitación Pública, a) El interés general del Estado como política general de contratación. b) El de la Libertad de Participación en las Licitaciones Públicas. c) El del interés particular de cada dependencia o entidad de la Administración Pública Federal. II. Examen de la Procedencia del Amparo. 1. Bases de la Procedencia del Amparo. 2. Naturaleza del Acto como supuesto de procedencia. 3. Afectación de un interés jurídico como supuesto de procedencia. 4. La suspensión del acto reclamado como instrumento para la eficacia del amparo. III. Conclusiones. La tutela efectiva de la Licitación Pública. 1. La Tutela Penal. 2. El Ministerio Público como órgano de la Tutela Penal. 3. La Tutela Administrativa. 4. La Contraloría General de la Federación como órgano de la Tutela Administrativa. Bibliografía.*

PRESENTACIÓN

Las ideas contenidas en este trabajo derivan de las exposiciones sobre Responsabilidad de Servidores Públicos que la hospitalidad de la Escuela Libre de Derecho y el apoyo del licenciado Raúl F. Cárdenas me permitieron desarrollar como materia optativa y que sólo cobró forma mediante la entusiasta participación de los alumnos Maricela Corres Santana, Ma. Luisa del Valle Azcué, Fernando Gaytán Valle, Ma. D. L. Mercedes Herrera Ibarrola, Rodolfo Iglesias Hernández y Ma. Guadalupe Pérez Miranda, quienes con la aportación de sus ideas e inquietud crítica hicieron, de la impartición de la clase y de la elaboración de este trabajo, un ejercicio interesante que podría ser el inicio de reflexiones más profundas.

La inclusión de un tema sobre licitación pública dentro de este curso obedece a que, en nuestro concepto, se trata de una institución complementaria de las normas sobre Responsabilidades de los Servidores Públicos, también llamadas Derecho Disciplinario;* la explicación es evi-

* Con tal denominación se refirió a este conjunto de Normas el licenciado Ignacio

dente. Es en el manejo de recursos económicos en donde se presenta mayor proclividad a desviaciones en la conducta de los servidores públicos. De acuerdo con lo cual esta institución puede apreciarse como un aspecto preventivo de aquel sistema, prueba de ello es que la iniciativa de reformas de 1982 al Título IV Constitucional, "sobre la Responsabilidad de los Servidores Públicos", fueron acompañadas de propuestas para reformar, también, el Artículo 134 de nuestra Ley fundamental que prevé la licitación pública como instrumento para llevar a cabo las contrataciones del Estado, esquema que en su conjunto constituye la modificación más profunda sobre la materia desde 1917.

Quiero agradecer los valiosos comentarios y observaciones que hicieron favor de formularme el señor ministro Manuel Gutiérrez de Velasco y el señor magistrado Samuel Hernández Viazcán. Igualmente agradezco la colaboración de la licenciada Ma. Lidia Alcántar Vargas cuya participación fue de gran ayuda para la elaboración de este trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende estudiar brevemente la tutela jurídica de la licitación pública, tanto de adquisiciones como de obra,¹ realizando al-

Pichardo Pagaza en su carácter de Subsecretario "A" de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en la reunión efectuada en la sede de ésta el 2 de febrero de 1987 al decir: "A partir de los cambios constitucionales y reglamentarios de la renovación moral, ha surgido en nuestro país, al impulso de la Contraloría, un auténtico Derecho Disciplinario de carácter administrativo".

¹ De acuerdo con el artículo 134 constitucional son materia de licitación pública "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra". En la legislación mexicana vigente solamente se encuentran reglamentados tres tipos de licitación pública: la de adquisiciones, la de obra pública y la de enajenación de bienes muebles.

La primera tiene por objeto las acciones, actos y contratos relativos a la planeación, programación, presupuestación y control que, en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios relacionados con los mismos realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. (Artículo 1o. de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985.)

La segunda tiene por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. (Artículo 1o. de la Ley de Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980.)

La tercera tiene por objeto regular los procedimientos relativos a la enajenación de los bienes muebles de propiedad federal que figuren en los respectivos inventarios de las dependencias y entidades y que por su uso, aprovechamiento y estado de conservación, no sean ya adecuados para el servicio o resulte inconveniente seguirlos utilizando en el mismo. (Artículos 79 y 82 de la Ley General de Bienes Nacionales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1982.)

guna reflexión más detenida en torno a la procedencia del juicio de amparo como instrumento para su tutela legal; la razón es que con frecuencia creciente, proveedores y contratistas de la Administración Pública Federal han interpuesto este medio de control constitucional contra actos emanados en dichos procedimientos.

De acuerdo con esto, y antes de entrar en materia, vale la pena realizar un examen superficial de la naturaleza jurídica de la licitación pública a fin de conocer los elementos esenciales que la rigen.

1. Significación del concepto

El concepto jurídico "licitación pública" se forma con las dos voces que en conjunto lo integran. La primera deriva de las voces latinas "*Licitatio, onis*"; que significa "acción y efecto de licitar", "venta en subasta" y que encuentra como voces relacionadas: licitador, del latín *Licitor* "el que licita"; licitante "que licita"; licitar "ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda" o "vender en pública subasta".

Por su parte la voz público (público) tiene como significados los siguientes: que debe difundirse o publicarse; que se puede asistir libremente; que se encuentra regulado por la ley; que se relaciona con el poder público; que puede tomar conocimiento de él cualquier persona. Estas significaciones, como veremos más adelante, son aplicables indistinta o conjuntamente dependiendo de la etapa de la licitación de que se trate.

2. Naturaleza jurídica de la licitación pública

A nuestro juicio la licitación pública es una institución de derecho público regida por el derecho administrativo que puede definirse como un procedimiento administrativo de competencia que se inicia con la publicación de la convocatoria pública y que tiene como finalidad y conclusión la adjudicación de un contrato mediante la captación, análisis y evaluación de propuestas u ofertas, siendo sus objetivos, como se verá más adelante con mayor amplitud, los de establecer: una política general de contratación de la Administración Pública protegiendo el interés general del estado; la libertad de participación en las licitaciones públicas como un mecanismo legal e imparcial de contratación; un instrumento para la optimización de las contrataciones protegiendo el interés particular de cada dependencia o entidad, lo cual no es sino establecer la tutela de los principios que, según el artículo 134 constitucional, deben prevalecer en el manejo de los recursos económicos fe-

derales, a saber: la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez.²

Ahora bien, el procedimiento de la licitación pública es una actividad formalmente administrativa y que materialmente guarda semejanzas con el procedimiento jurisdiccional pues su acto culminante, que es el fallo y la adjudicación que se le deriva, implica la apreciación de circunstancias de hecho a la luz del derecho, lo cual es un silogismo jurídico equivalente a la sentencia en el procedimiento judicial.

Sin embargo, podemos afirmar que existe una diferencia entre ambos procedimientos, pues, a diferencia del judicial en el de la licitación pública no existe un conflicto jurídico de partes sino de expectativas de contratación con la administración, controversia detonada por la propia administración que convoca a la licitación y que es la encargada de resolverla a través del fallo. En este orden de ideas en la licitación pública podemos hablar de la adjudicación como acto administrativo final o principal, por ser la conclusión y la finalidad, y de diversos actos instrumentales.³ La diferencia entre ellos, radica en que el primero es

² En este sentido hacemos nuestras las definiciones expresadas por Eduardo ANDRADE SÁNCHEZ en la Constitución Política que al respecto dice: "La eficiencia se entiende como la virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, o dicho de otra manera: obtener el fin, al menor costo posible. Eficacia. En el sentido que hemos dado la eficiencia queda, por supuesto, comprendida la eficacia, entendida ésta como la obtención del resultado práctico deseado. Es de entenderse que siempre existe una vinculación entre eficacia y eficiencia, y que no puede aplicarse ciegamente uno u otro principio de manera indiscriminada, sino siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Honradez. Este principio se explica por sí mismo y se refiere a la propia acepción gramatical del vocablo, que supone la manera de obrar del que no roba, estafa, defrauda o engaña, o bien la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales." Por nuestra parte consideramos que el término economía se refiere a la administración de los recursos en forma idónea, es decir, que en términos económicos sea más rentable atendiendo al factor costo-beneficio, esto no necesariamente implica que se alcanza este beneficio con la contratación de las ofertas más baratas que en términos de la idoneidad tal vez no refleje las mejores condiciones de contratación para el estado.

Por lo que toca a la imparcialidad hacemos nuestra la definición que de ella contiene el *Diccionario de la Lengua Española* y que señala: "Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud".

³ Según Gabino FRAGA "por razón de su finalidad, los actos administrativos pueden separarse en actos preliminares y de procedimiento, en decisiones o resoluciones y en actos de ejecución. El primer grupo, o sea el de los actos preliminares y de procedimiento, lo mismo que el tercero, o sea el de los actos de ejecución, está constituido por todos aquellos actos que no son sino un medio, un instrumento para realizar los actos (las resoluciones y decisiones) que constituyen el principal fin de la actividad administrativa. Por esa razón pueden también llamarse actos instrumentales en contraposición a la categoría de actos principales, representados por los últimos citados." FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1978, p. 240.

el objetivo del procedimiento, es la causa que le da vida, en tanto que los segundos, no son sino medios para alcanzar aquél, sin embargo no hay que confundir el procedimiento de licitación pública del contrato que se le deriva,⁴ pues aquél es el acto condición para celebrar válidamente ciertos tipos de contrataciones, según lo dispone el artículo 134 de nuestra Constitución Política que señala: "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen (el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal), se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes." De lo anterior se deduce que el procedimiento de licitación pública no es sino un medio para llevar a cabo, entre otras cosas, las adquisiciones y la contratación de obra es, en suma, el procedimiento para que la Administración Pública seleccione la mejor posibilidad de contratación.

3. Secuencia del procedimiento

La licitación pública es un procedimiento que, lo mismo en nuestra legislación que en la de otros países,⁵ se integra con diversas etapas que se encuentran relacionadas, de tal manera que el inicio de una depende del perfeccionamiento de la inmediata antecedente. En nuestra legislación dicha secuencia se integra, en ese orden, con la convocatoria

⁴ Según ACOSTA BOTELLO "la licitación pública es un procedimiento preliminar y preparatorio de naturaleza administrativa, compuesto de las fases de recepción de propuestas, adjudicación y aprobación, tendiente a la protección de los fondos y bienes públicos y a la celebración de ciertos contratos del Estado entre éste y un particular seleccionado (adjudicación) y aceptado (aprobación), en virtud de haber hecho éste la mejor propuesta, tomando en consideración la oferta más ventajosa para el Estado y el cabal cumplimiento del pliego de condiciones para la ejecución de una obra o el suministro de materiales, velando la administración pública por la moralidad administrativa, la igualdad de los licitantes, la publicidad, la concurrencia, el cumplimiento de las garantías formales y la clasificación del mercado." ACOSTA BOTELLO, Juan B. "La Licitación Pública en la Doctrina y en el Derecho Positivo Panameño", Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1977, p. 45.

⁵ Aun cuando los autores Víctor Leonel BENAVIDES y Horacio BAQUE señalan para la licitación pública las mismas etapas, les dan diferentes denominaciones. BENAVIDES P., Víctor Leonel, "Algunas consideraciones sobre la licitación pública en Panamá", en *Anuario de Derecho*, Año XII, No. 13, 1984, p. 19. Panamá, Panamá, BAQUE, Horacio, "Del proceso de la Licitación Pública", en *Revista de Derecho Público y Privado*, Año XVI, tomo XXXII, Nos. 187-188, Enero-Febrero de 1954, p. 69, Montevideo, Uruguay.

pública, las bases de la licitación, el acto de apertura de ofertas, la evaluación y el fallo, mismas que, aunque sea brevemente pasamos a analizar.

a) La convocatoria pública. Es el acto mediante el cual se inicia formalmente el procedimiento de licitación, tiene como finalidad fundamental hacer del conocimiento público la intención que determinada dependencia o entidad tiene de adquirir algún satisfactor, con el objeto de que quienes tengan interés y se encuentren en condiciones de ofrecerlo lo hagan. De esta manera, podemos entender que en esta etapa el concepto "público" se refiere a que la licitación pública debe difundirse o publicarse a través de la convocatoria; a que esta institución guarda relación con el poder público, entendido como la Administración Pública Federal; y a que la convocatoria en sí, al igual que el resto del procedimiento, es un acto regulado por el imperio de la Ley.⁶

b) Las bases de la licitación. Es el documento mediante el cual se expresan de manera específica las características técnicas de los satisfactores que se pretenden adquirir, debiéndose señalar, además, las circunstancias económicas y financieras que rigen la licitación. Dicho de otra manera, es la adecuación de la ley a las circunstancias específicas de la licitación de que se trate. En esta etapa podemos entender que la "publicidad" se refiere a que las bases de la licitación son un acto emanado de la Administración Pública; a que es un acto, plasmado en un documento, al cual pueden tener acceso libremente todas aquellas personas que tengan interés en conocerlo o imponerse de él; y a que es un acto regulado por el imperio de la Ley.⁷ En suma se trata de la definición específica de los elementos que deben contener las ofertas así como las reglas que se seguirán para evaluar éstas.

c) El acto de apertura de ofertas. Es el evento formal durante el cual la dependencia o entidad convocante recibe las ofertas presentadas por los ofertantes analizando que éstas y la documentación que las acompaña cumplan con los requisitos generales, establecidos por la ley, y particulares del procedimiento de licitación de que se trate. En esta etapa del procedimiento, el concepto "público" se refiere, al igual que en las etapas anteriores, a la relación que guarda con la Administración Pública; a que puede participar en él cualquier interesado que ostente

⁶ De acuerdo a lo establecido por los artículos 26, 27 y 29 de la Ley de Adquisiciones y 31 de la Ley de Obras Públicas, señalan cuáles han de ser los requisitos que deberán contener las convocatorias públicas, así como su regulación en materia de publicación.

⁷ Los artículos 28 de la Ley de Adquisiciones y 30 de la Ley de Obras Públicas, establecen cuáles son los requisitos y especificaciones que deberán contener todas las bases de concurso.

una calidad de proveedor o contratista reconocido por el Estado y exigida por la Ley; que se encuentra regulada por la Ley.⁸

d) Evaluación y fallo. Se trata de etapas diferentes, sin embargo, en virtud de la estrecha relación que guardan procederemos a su análisis conjunto. La evaluación, a la que nuestra legislación denomina análisis comparativo, habrá de derivar en un dictamen que servirá de fundamento para el fallo. Constituyen, pues, etapas diferentes de la licitación pública, en efecto el artículo 34 de la Ley de Adquisiciones y el 36 de la Ley de Obras Públicas, señalan que el fallo se fundamentará en un dictamen, que se deberá emitir con base en el análisis comparativo de las propuestas admitidas que deberán reunir las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por el licitador convocante. En este orden de ideas se entiende que el dictamen servirá como fundamento para el fallo adjudicatorio, lo cual implica que se trata de dos etapas diversas y que el fallo debe, exclusivamente, considerar el dictamen, pues se trata de un acto en el que la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación, o dicho de otra manera, una discrecionalidad técnica para decidir el sentido de la resolución. Esto significa que atendiendo al radio de acción, la evaluación y el dictamen tendrán efectos internos si consideramos que no generan derechos en favor de los participantes toda vez que la evaluación y el dictamen no son el fallo, sino sólo sirven de fundamento para éste, el cual puede o no estar encaminado en idéntica dirección que aquél.

De acuerdo con lo cual, podemos decir, que la evaluación no amplía ni restringe la esfera jurídica de los participantes ya que sólo deja constancia de un estado de cosas fáctico-jurídicas.

En este orden de ideas el fallo será un acto obligatorio que tiene que emitirse como parte de un procedimiento legalmente establecido,⁹ pero en cuanto al fondo, será un acto discrecional en la medida que el convocante tiene libertad de apreciación para seleccionar la propuesta que garantice, a su juicio y bajo su responsabilidad, las mejores condiciones de contratación para el Estado.

Esto cobra mayor relevancia si se toma en cuenta la experiencia que arroja la función de adquisiciones y de contratación de obra por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

⁸ Los artículos 29 de la Ley de Adquisiciones y 30 de la Ley de Obras Públicas, establecen cuáles son los requisitos y especificaciones que deberán contener todas las

⁹ En nuestro concepto este procedimiento constituye un silogismo jurídico en el que la premisa inicial son la ley y las condiciones específicas de la licitación de que se trate; la segunda premisa la constituyen las propuestas presentadas; llegándose a la conclusión del silogismo a través del análisis de las segundas a la luz de las primeras.

Son tan variados los factores de valoración que se deben tomar en cuenta, que resulta sumamente difícil darles una expresión aritmética a los elementos subjetivos (calidad, experiencia, etc.) para que conjuntamente con los elementos objetivos (precio, tiempo de entrega, etc.) se pueda llegar a un resultado preciso de evaluación. Para comprender esto vale la pena considerar que la complejidad de las tareas que desarrolla el sector público exige que éste adquiera desde lápices hasta equipos de las más alta sofisticación tecnológica o contrate la construcción de obra más variada, de la más simple a la más compleja. No es, entonces, sino a través de la discrecionalidad reglada, técnica, fundamentada y razonada que los servidores públicos de las dependencias y entidades bajo su responsabilidad constitucional, administrativa y penal en su caso, deberán efectuar la adjudicación que asegure las mejores condiciones de contratación para el Estado.

4. *El régimen jurídico de la licitación pública*

El régimen jurídico de la licitación pública, encuentra su fundamento en normas de la más alta jerarquía, por encontrarse establecidas en la Constitución Política de nuestro país.

En efecto el artículo 134 señala que "las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen (el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales), se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones..." de contratación.

Esta definición congruente con la empleada por el artículo 90 constitucional que divide a la Administración Pública Federal en centralizada y paraestatal, viene a definir en primer término el ámbito de aplicación de las disposiciones que dan vida a la institución de la licitación pública, como instrumento de tutela de tres objetos jurídicos perfectamente identificados en el propio texto constitucional:

a) El del interés general del Estado, como política general de contratación. Se encuentra definido en el propio texto constitucional que señala como objetivo implícito de la licitación pública, el asegurar que los recursos económicos de que disponga el Estado "se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados", y que se explica en la exposición de motivos de

la iniciativa de reformas del artículo en cuestión, sometido al constituyente permanente de la siguiente forma: "La eficacia para controlar y vigilar el buen manejo del patrimonio del pueblo depende de nuestra capacidad para desarrollar normas eficaces de gestión; de nuestra capacidad para atender con diligencia las denuncias de violaciones a las leyes y a los derechos de quienes compran y venden al Estado; de nuestra capacidad para prevenir y sancionar su atropello. La iniciativa propone establecer las bases constitucionales para desarrollar esa capacidad".¹⁰

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que la licitación pública consigna un derecho subjetivo público cuyo titular es el pueblo mexicano basado en la obligación que tiene el Estado de administrar los recursos para la satisfacción del interés general.

b) El de la libertad de participación en las licitaciones públicas. Se traduce en el derecho para que "libremente se presenten proposiciones solventes..." dentro de las licitaciones públicas, y que según la exposición de motivos de referencia tutela "los derechos de quienes compran y venden al Estado", estableciendo como titular del derecho subjetivo a las personas que se encuentren en posibilidad de presentar proposiciones solventes, debiendo entender la solvencia en su más amplio sentido como económica, moral y técnica.

c) El del interés particular de cada dependencia o entidad de la Administración Pública Federal. Se entiende como la necesidad de que cada contratación reúna "las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes", y que encuentra como titular de ese derecho a la Administración Pública Federal centralizada, que maneja sus intereses, a través de diversas dependencias gubernamentales en cualquiera de las cuales este derecho se puede materializar, al igual que en cualquiera de las personas morales denominadas entidades que conforman la Administración Pública Federal paraestatal.

Siendo materia del próximo capítulo examinar la procedencia del juicio de garantías en contra de actos emanados en un procedimiento de licitación pública, creemos conveniente detenernos en la segunda proposición formulada a la que nos atreveríamos a denominar como el "Principio de la Libre Participación" que junto con el origen de la competencia en materia de licitación pública constituyen los supuestos ele-

¹⁰ "Exposición de motivos de la iniciativa Presidencial de Reformas al Artículo 134 Constitucional sometida a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 2 de Diciembre de 1982".

mentales de estudio para determinar la procedencia o improcedencia, en su caso, del juicio constitucional.

Como se mencionó anteriormente, el origen de la competencia en materia de licitación pública lo prevén normas constitucionales de la más alta jerarquía¹¹ que al determinar jurídicamente los tres objetos de tutela, a que nos hemos referido, establecen la obligación de desarrollar cierta función administrativa con un contenido específico, es decir, impone a los servidores públicos de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal,¹² la obligación de realizar licitaciones públicas en los términos constitucionales como contrapartida del derecho que el pueblo tiene para que su patrimonio sea manejado adecuadamente y del derecho que otorga a los particulares de presentar "libremente proposiciones solventes".

Ahora bien, el ejercicio de estas facultades no puede concebirse en abstracto, sino que deberá entenderse como la actividad del órgano de una dependencia o entidad que desempeñe legalmente las funciones relacionadas con la licitación pública. La interpretación consonante de los artículos 134 y 90 constitucionales, así como de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de Entidades Paraestatales reglamentarias de aquéllos nos permiten distinguir lo que debemos entender por dependencia de la Administración Pública Centralizada y entidades de la Administración Pública Paraestatal.¹³

De acuerdo con esto, vale la pena destacar dos cuestiones: la primera, que la Constitución Política impone una obligación con igual con-

¹¹ BAZDRESCH, hace una clasificación de las garantías individuales, bajo tres criterios "primero, el de las que interesan esencial o principalmente a las personas; segundo, el de las que trascienden al beneficio social, y por último, el de las que atañen a la productividad de bienes; en la inteligencia de que son muy numerosas las que participan de las características de dos o de los tres de esos grupos", mismos que en el caso del derecho a la participación en la licitación pública se materializan plenamente, pues en primer lugar es un derecho que atañe a quien tiene interés jurídico en participar; en segundo lugar es benéfico para la sociedad un mayor número de proposiciones de donde seleccionar la que represente las mejores condiciones de contratación para el Estado; y por último la competencia concursal deriva en un mayor esfuerzo en cuanto a la calidad de los bienes y servicios que se requieren en la Administración Pública para su operación. BAZDRESCH, Luis, *Garantías Constitucionales*. 3a. Edición, México, Editorial Trillas, 1986, p. 35.

¹² "Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución" párrafo Cuarto artículo 134 Constitucional.

¹³ El marco jurídico reglamentario que define los ámbitos, central y paraestatal, de la Administración Pública Federal se encuentra en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1976; básicamente en los artículos 1o., 26, 45, 46, 47, así como en el artículo 2o. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986.

tenido tanto para las dependencias como para las entidades que conforman el ámbito de la Administración Pública Federal, esto es importante porque el enfoque de la Constitución nos presenta un concepto evolucionado, acorde con la actividad del Estado en nuestros días, en donde cada vez existe mayor parecido entre algunas actividades de organismos del sector paraestatal con las del sector central, tanto por su contenido material como por sus efectos entre los gobernados; la segunda, que la Constitución al establecer lo que hemos denominado el "Principio de la Libre Participación" ha venido a crear una garantía en favor de todas aquellas personas que se encuentren en condiciones de presentar ofertas solventes y que tienen por lo consiguiente, un efecto frente a los demás particulares y frente al Estado, el cual tiene la obligación no sólo de permitir y tutelar la libre participación sino de fomentarla, en beneficio de los intereses que tiene a su cargo.

Esto encuentra su explicación en el efecto práctico que se obtiene al salvaguardar la legalidad que debe prevalecer en los procedimientos de licitación ya que al mismo tiempo que se garantiza el goce de su derecho a los titulares de la garantía de libre participación en la licitación pública, se propicia una mayor concurrencia de ofertantes, lo cual necesariamente deriva en un mayor número de propuestas dentro de las cuales se podrá seleccionar la que presente la mejor opción.

II. EXAMEN DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO

1. Bases de la procedencia del amparo

De acuerdo con lo dispuesto por la Fracción I del artículo 103 Constitucional y el artículo 1o. de su Ley reglamentaria, el juicio de amparo tiene por objeto resolver las controversias que se susciten por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales. De acuerdo con esto, lo primero que tenemos que examinar es si los actos emanados dentro de un procedimiento de licitación pública, pueden ser considerados como actos de autoridad para efectos del amparo.

El concepto de acto de autoridad, para los efectos del amparo no ha evolucionado de la misma manera ni con la misma celeridad y amplitud que ha evolucionado el concepto de Administración Pública, esto es importante porque resulta evidente que cada vez con mayor frecuencia emanan actos de entes jurídicos a los que tradicionalmente no se les ha dado el carácter de autoridades que, sin embargo, en uso de sus atribuciones pueden causar agravio a los particulares en sus intereses jurídicos. Tal es el caso de un sinnúmero de actos dictados y ejecutados

por empresas paraestatales u organismos descentralizados que bajo una apreciación tradicional no son considerados como actos de autoridad para los efectos del amparo; sin embargo, parece ser que el Poder Judicial Federal empieza a inclinarse por una definición más moderna del concepto, en efecto, ha dicho que la tesis que contiene el concepto tradicional de autoridades para los efectos del amparo "necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder Ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales" añadiendo que "uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades para los efectos del amparo (Artículo 103, Fracción I, de la Constitución Federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública".¹⁴

Aunado a lo anterior podemos añadir que, en materia de licitación pública, la propia Constitución al no hacer distinciones, considera de igual manera, a los actos emanados de las entidades paraestatales y a los actos emanados de los órganos del sector central ya que presentan idéntico contenido, en su forma, elementos y efectos jurídicos.

Esto queda de manifiesto si tomamos en cuenta que el Artículo 134 Constitucional, no solamente establece las directrices bajo las cuales se deben manejar los recursos públicos sino que, de una manera imperativa, establece atribuciones específicas, con igual alcance para todas las dependencias y entidades que conforman la Administración Pública Federal y a las que en algún momento llega a equiparar a la idea de Estado.¹⁵

2. Naturaleza del acto como supuesto de procedencia

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución Política Mexicana, y el 1o. de su Ley reglamentaria, el juicio de amparo procede contra

¹⁴ Autoridades. Quiénes lo son, para los efectos del amparo. Amparo en revisión 870/80. Helber de México, S. A., 11 de marzo de 1981. Unanimidad de votos. Sostienen la misma tesis: Amparo en revisión 811/80; Amparo en revisión 794/73; Amparo en revisión 307/74 y Amparo en revisión 201/75. Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, del Tomo IV al Tomo LXX, pp. 23-24, citado por ACOSTA ROMERO, Miguel y GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David.

¹⁵ "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, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado". Párrafo 3o., Artículo 134 de la Constitución Política Mexicana.

las leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; de acuerdo con esta definición estudiaremos en primer término lo que debe entenderse como acto de autoridad, para lo cual citaremos la definición que al respecto sostiene Bazdresch, "para los efectos del juicio de amparo, son autoridades, en general, los órganos del poder público, superiores o inferiores, que por la ley que los instituyó están facultados para expedir prevenciones, órdenes o disposiciones, que afectan de alguna manera a los particulares, ya en su conjunto, ya individualmente, así como los órganos encargados de cumplir esas disposiciones o de imponer su cumplimiento a los particulares, ya por sí mismo, ya con la intervención de otro órgano gubernativo".¹⁶ En los elementos de esta definición, encontramos en primer término que el concepto de autoridad se refiere a órganos del poder público. A nuestro juicio el concepto "poder público" lo debemos entender, no necesariamente en consideración a criterios funcionales o formales estrictos, sino en razón a la naturaleza misma del acto, a las atribuciones de las cuales emane y a la fuerza con que éste pueda generar sus efectos públicos, afectando la esfera jurídica de los particulares; de esta manera, lo mismo podemos encontrar actos emanados de entidades de la Administración Pública Paraestatal que puedan ser considerados como actos de autoridad por tener esta naturaleza, que actos emanados de los órganos de cualquiera de los tres poderes de la Unión que no tengan en estricto sentido aquel carácter. Por otro lado, esta definición señala que dichos actos deben emanar de órganos que obren de acuerdo con la Ley que los instituye y que los faculte para expedir prevenciones, órdenes o disposiciones. La competencia para ejecutar actos relativos a la licitación pública y su procedimiento, se desprende de normas constitucionales imperativas por igual, a dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, reglamentadas suficientemente mediante Leyes Federales y Normas Administrativas que regulan las diversas especies de licitación pública;¹⁷ no obstante lo anterior, hacemos nuestro el criterio expresado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que señaló que "el carácter de autoridad para los efectos del juicio de amparo, no deriva de que reúna determinados requisitos legales o formales para su existencia sino simplemente de que dicte, ordene o ejecute el acto reclamado y de que disponga de la fuerza para hacerlo cumplir".¹⁸ Independientemente del carácter formal del órgano

¹⁶ BAZDRESCH, Luis, *El Juicio de Amparo*, 4a. Edición, México, Editorial Trillas, 1986, p. 57.

¹⁷ El objeto de la licitación de adquisiciones y de la de obra pública se encuentra definido en el artículo 1º de los ordenamientos respectivos.

¹⁸ Autoridades, quiénes lo son, Amparo en revisión 489/78. Banco del Atlántico,

del cual emanen las prevenciones, órdenes o disposiciones, para que éstas puedan ser consideradas como actos de autoridad para los efectos del amparo, deben ser unilaterales, imperativas y coercitivas, lo cual queda acreditado con el hecho de que las determinaciones emanadas dentro de un procedimiento de licitación pública, capaces de alterar el universo jurídico de la dependencia o entidad y el de los particulares, sólo integran, para su formación, la voluntad, unipersonal o colegiada, de la instancia responsable de dicho procedimiento y que aquellas determinaciones son resoluciones que al ser cumplidas aun en contra de la voluntad de los particulares, producen sus efectos, jurídicos y materiales, unilateralmente, lo cual hace evidente, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal, al licitar en los términos imperativos del artículo 134 constitucional están actualizando "su posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen",¹⁹ fuerza pública que les deriva, en este caso, por ser parte de la Administración Pública Federal en los términos del artículo 90 constitucional y su legislación reglamentaria, y por estar obligados a desarrollar un procedimiento legal constitucionalmente tutelado en beneficio de los intereses de la comunidad, de los propios de proveedores y contratistas que tengan un interés legítimo de presentar propuestas solventes y de los particulares del organismo convocante.

3. Afectación de un interés jurídico como supuesto de procedencia

Para que el juicio de amparo contra un acto de autoridad sea procedente se requiere que éste le cause algún perjuicio a una persona en sus intereses jurídicos. La Constitución Política en su artículo 134 establece el derecho "para que libremente se presenten proposiciones solventes", lo cual a nuestro juicio constituye una garantía constitucional²⁰

S. A., 24 de julio de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Liévana Palma. Secretario: José Raymundo Ruiz Villalbazo, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Informe 1978, p. 165, citado por ACOSTA ROMERO, Miguel y GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David.

¹⁹ Autoridades. Quiénes lo son. "El término 'autoridades' para los efectos del amparo comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales ya de hecho, y que por lo mismo estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen". Quinta época, Tomo IV, p. 1067. Torres, Marcolfo F.; Tomo XXIX, p. 1180, Rodríguez, Calixto A.; Tomo XXXIII, p. 2942, Díaz Barriga, Miguel; Tomo LXV, p. 2931, Sandi, Mauricio; Tomo LXX, p. 2269, Moral Portilla, Jorge del.

²⁰ A este respecto consideramos que las Garantías Constitucionales, no solo se contienen en los primeros 29 artículos de nuestra Carta Magna, sino por el contrario

que establece un derecho en beneficio de quienes se encuentren en posibilidades de presentar propuestas solventes para que lo hagan libremente, es decir sin más limitaciones que las del procedimiento, debiendo considerarse que la solvencia puede entenderse bajo tres aspectos: económica, moral y técnica. La primera se salvaguarda mediante la presentación de documentos que garanticen el cumplimiento, económico y técnico de las ofertas presentadas;²¹ la segunda y tercera se salvaguardan mediante la inscripción en un padrón oficial²² en el que se asientan los elementos necesarios para identificar la capacidad jurídica y técnica de las personas que solicitan su inscripción, misma que deberá encontrarse vigente en el momento de presentar la oferta.²³ Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión de que en el momento que el Estado reconoce a un persona determinada su calidad de proveedor o contratista de la Administración Pública Federal por reunir una serie de requisitos regu-

toda prevención constitucional que estatuya un derecho en beneficio de los gobernados y su correspondiente obligación, de respecto y custodia de los entes públicos constituye una Garantía Constitucional, que al ser violada puede ser objeto del control constitucional de amparo. En apoyo a esta idea, citaremos lo que al respecto señala BURGOA, haciendo hincapié en que el ejemplo que utiliza presenta similitudes con el objeto de tutela de la licitación pública, la cual también se encuentra estrechamente vinculada con el artículo 5º de la propia Constitución que consagra como garantía la libertad de trabajo, al respecto señala: "No se debe identificar a las garantías individuales con los 29 primeros artículos de la Constitución, pues éstos solamente las enuncian en forma más o menos sistemática, sino referirlas a todos aquellos preceptos constitucionales que por su espíritu mismo vengán a complementar, en diversa manera, las primeras 29 disposiciones, toda vez que la declaración contenida en el artículo 1º. es lo suficientemente amplia para inferir que es a través de toda la Constitución como se consagran las garantías individuales o de gobernado. Por vía de ejemplo citaremos un caso: el artículo 123, que no se encuentra dentro de los 29 primeros artículos Constitucionales, está indiscutiblemente vinculado al artículo 5º. de la Ley Fundamental, precepto que se refiere a garantías relativas a la prestación de servicios". BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 12a. edic., México, Edit. Porrúa, 1979, p. 186.

²¹ La regulación relativa a la presentación y aplicación de fianzas dentro de la licitación pública tanto de adquisiciones como de contratación de obra se encuentra principalmente en los artículos 32, 33 y 40 de la Ley de Adquisiciones y 34, 35 y 38 de la Ley de Obras Públicas.

²² La regulación relativa a la existencia del Padrón de Proveedores y de Contratistas de la Administración Pública Federal, así como los requisitos de inscripción, trámites y efectos del registro se encuentran previstos en los artículos 20, 21 y 22 de la Ley de Adquisiciones y 19, 20 21 y 22 de la Ley de Obras Públicas.

²³ La regulación relativa a la suspensión o cancelación del registro en el Padrón de Proveedores y de Contratistas, la prevén los artículos 23, 24, 25, 58 y 63 de la Ley de Adquisiciones y 23, 24, 25, 66, 69 y 74 de la Ley de Obras Públicas. Los efectos de la suspensión o cancelación de los registros en los Padrones de Proveedores y de Contratistas causa un doble efecto, por un lado suspende al particular en su derecho a presentar ofertas dentro de un procedimiento de licitación pública, por otro impide a los servidores públicos de las dependencias y entidades bajo su responsabilidad contratar con quien no tenga su registro vigente.

lados por la Ley, le está reconociendo su derecho a presentar libremente sus propuestas solventes dentro de los procedimientos de licitación pública que le interesen, y en la medida que la inscripción se encuentre vigente el proveedor o contratista registrado se encuentra plenamente facultado para actualizar su derecho de participación, cosa que constituye la causa legítima de la que debe provenir el interés jurídico del quejoso para los efectos del amparo según Bazdresch,²⁴ quien dice:

"... el interés jurídico a que se refiere la fracción V del artículo 73 no es el que existe meramente de hecho, ni tampoco puramente subjetivo, sino que debe provenir de una causa legítima; no basta que el acto reclamado perjudique materialmente a quien promueve el amparo, ni menos que éste considere que a su juicio dicho acto es lesivo de sus derechos o de sus intereses, sino que es preciso que, por una parte, el agraviado sea titular de un derecho determinado, que provenga de la Ley, de concesión o permiso de alguna autoridad, de un convenio jurídico entre particulares, o de alguna de las situaciones de hecho que la ley reconoce como fuente de derechos y de obligaciones, y por la otra, el acto reclamado afecte en alguna forma tal derecho, directa o indirectamente..."

Ahora bien, esta garantía de participación libre consiste exclusivamente en la posibilidad de participar en una licitación pública, que genera una expectativa de derecho de contratación que se materializa, en su caso, en el contrato derivado de la adjudicación de la licitación pública. Dicho de otra manera, el derecho que consigna la Constitución es el de participación y no el de adjudicación, por lo cual al proveedor o contratista le será violado este derecho siempre que ilegalmente, es decir, sin fundamento o motivación legales se les impida presentar libremente sus proposiciones, de acuerdo con los procedimientos establecidos para la licitación de que se trate, o que no se respeten las formalidades esenciales que deban observarse en toda licitación pública.

Las anteriores aseveraciones nos llevan a las siguientes preguntas: ¿Puede o no violarse también el derecho del proponente a que se estime como más solvente su propuesta?; ¿qué pasaría cuando objetivamente se vea que una propuesta es significativamente mejor que otras y, sin embargo, se adjudique a alguna de éstas y no a la mejor?; ¿qué pasa con el derecho de los proponentes a que la calificación para la adjudicación sea correcta? De estas reflexiones se han desprendido algunos puntos de vista, muy respetables por cierto, que conducen a creer que la garantía de los licitadores ofertantes no se agota en la "Libertad de Participación" sino que llega al derecho de adjudicación. A reserva

²⁴ BAZDRESCH, Luis, *op. cit.*, nota 16, p. 89.

de ampliarlo más adelante consideramos que lo anterior es correcto, con la salvedad de que en nuestro concepto, uno de los objetos jurídicos de la licitación pública es superior en importancia al de la Libre Participación; el del interés del Estado que encuentra como destinatario al pueblo en general, y que junto con la agilidad y autonomía que debe prevalecer en las contrataciones públicas, y la responsabilidad directa que recae en los servidores públicos que manejan recursos económicos federales encuentra, como instrumento de tutela el poder disciplinario del Estado y el de supervisión, fiscalización y control internos.

4. *La suspensión del acto reclamado como instrumento para la eficacia del amparo*

Por lo que toca a la oportunidad para la presentación de la demanda de amparo se puede estar ante la presencia de dos supuestos previstos por el artículo 114 de la Ley de Amparo: que se trate de actos o abstenciones habidas dentro del procedimiento de licitación que carezcan de definitividad y cuya ejecución no sea de imposible reparación, razón por la que la acción constitucional tendría que condicionarse a que recayera la resolución final del procedimiento; que se trate de actos cuya ejecución sea de imposible reparación para lo cual, técnicamente, la acción de amparo podría intentarse dentro del término legal a partir de que se tenga conocimiento del acto reclamado.

Visto lo anterior vale la pena examinar los efectos prácticos de esta cuestión.

El artículo 124 fracción II de la Ley de Amparo, interpretando *a contrario sensu*, señala que es improcedente la suspensión del acto reclamado cuando al decretarse ésta se siga perjuicio al interés social, o se contravenga disposición de orden público. En nuestro concepto es evidente que la interrupción de un procedimiento de licitación pública que tenga por objeto la adjudicación de un contrato de adquisiciones o de obra pública contravendría disposiciones de orden público que exigen la oportuna satisfacción de las necesidades que dan origen a las contrataciones de adquisiciones o de obra pública, ocasionando, por lo mismo, un perjuicio al interés social, que según Burgoa "se traduce en cualquier hecho, acto o situación de los cuales la sociedad pueda obtener un provecho o una ventaja o evitarse un trastorno bajo múltiples y diversos aspectos, previniéndose un mal público, satisfaciéndose una necesidad colectiva o lográndose un bienestar común";²⁵ lo cual en este

²⁵ BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 14a. Ed., México, Edit. Porrúa, 1979, p. 731.

caso queda acreditado, pues es la comunidad, en su conjunto, la que requiere que el suministro de bienes, servicios o realización de obras, se efectúe de acuerdo con los programas establecidos que tienen por objeto, a su vez, satisfacer los requerimientos necesarios para desarrollar los programas sustantivos de cada dependencia o entidad, mismos que por falta de insumos materiales sufrirían retrasos en perjuicio de los intereses colectivos a los que deben satisfacer.

Lo anterior, aunado al hecho de que las Leyes reglamentarias del artículo 134 constitucional son normas de orden público, no sólo porque ellas mismas se autoadscriben ese carácter, lo cual por sí mismo no sería suficiente,²⁶ sino por ser leyes emanadas directamente de la Constitución, lo cual en concepto de Soto Gordo y Liévana Palma es suficiente para poder clasificar una norma como de orden público²⁷ cuya finalidad es la de satisfacer una necesidad colectiva, o procurar un bienestar público.²⁸

Esto significa que la suspensión del acto reclamado que interrumpiera un procedimiento de licitación pública, al retardar la contratación, contravendría normas de orden público y seguiría un perjuicio al interés de la sociedad en la medida que retrasaría el cumplimiento en los programas sustantivos a que nos hemos referido.

En este orden de ideas, consideramos que la suspensión del acto reclamado resultaría improcedente, ya que de otorgarse ésta e interrumpirse la ejecución del acto reclamado se vendría a causar un menoscabo al interés de la sociedad que vería retrasada la satisfacción de sus necesidades.

Por lo anterior, en nuestro concepto, el juicio de amparo contra actos emanados en un procedimiento de licitación pública, aun cuando es pro-

²⁶ Señala BURGOA, a nuestro juicio acertadamente, que no basta que una Ley se autoadscriba el carácter de norma de orden público para ostentarlo legítima y verdaderamente, sino que éste deriva de la naturaleza misma de las normas y del examen que de éstas deba realizar el juez en un caso concreto. BURGOA, Ignacio, *op. cit.*, nota 25, p. 716.

²⁷ SOTO GORDO, Ignacio y LIÉVANA PALMA, Gilberto, *La Suspensión del Acto Reclamado en el Juicio de Amparo*, 2a. Ed., México, Edit. Porrúa, 1977, p. 77.

²⁸ En apoyo de esta aseveración parece oportuno citar a BURGOA que señala: "si la expedición de una disposición normativa reconoce como causa próxima una necesidad que experimente el conglomerado humano como elemento integrante de cualquiera de las entidades jurídico-políticas en que está organizado el Estado Mexicano (Federación, Estados Miembros y Municipios), una situación perjudicial en que aquél se encuentre o pueda encontrarse o un problema que lo afecte o pueda afectarlo; y si dicha expedición propende, por modo directo o inmediato, a colmar tal necesidad, a remediar o prevenir la mencionada situación o resolver o a evitar el citado problema, procurando, también como objetivo próximo, beneficiar a la colectividad, se estará en presencia de una norma de orden público". BURGOA, Ignacio, *op. cit.*, nota 25, p. 727.

cedente técnicamente, carece de eficacia porque al no concederse la suspensión y continuar el desarrollo del procedimiento de la licitación pública se caería en el supuesto de sobreseimiento establecido por la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo en consonancia con la fracción IX del artículo 73 del mismo ordenamiento.

La primera señala que procede el sobreseimiento cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia del juicio de amparo que es improcedente contra actos consumados de un modo irreparable, lo que significa que ante el desarrollo y conclusión de procedimiento y ante la imposibilidad de reponer éste sería tanto como estar ante la presencia de un acto consumado de modo irreparable, lo cual nos llevaría al problema de que el juicio de amparo quedaría sin materia disyuntiva derivada del conflicto resultante entre el interés de la sociedad y el quejoso, situación que, a nuestro juicio, debe resolverse sacrificando éste en beneficio de aquél ya "que aun cuando quede sin materia el amparo, lo que significaría un perjuicio tal vez irreparable para el agraviado, debe negarse la suspensión en virtud de que el interés particular debe sacrificarse al bien colectivo."²⁹

La explicación de esto se encuentra en que la Constitución establece un derecho a la libre participación pero no al de la adjudicación, ya que éste es un derecho cuyo titular no es el licitador ofertante, quien solamente tiene una expectativa de derecho a la contratación, sino el pueblo en general y la dependencia o entidad en lo particular. Dicho de otra manera cuando el Estado reconoce a alguna persona la calidad de proveedor o contratista de la Administración Pública Federal no queda obligado a comprarle exclusivamente a ella sino a recibir sus ofertas cuando éstas sean propuestas en una licitación pública que tenga por objeto de contratación un satisfactor que sea de su especialidad.

Esto es importante si recordamos que aun cuando el contrato de adquisiciones o de obra deriva en un procedimiento de licitación pública se trata de un acto jurídico independiente, prueba de ello es que mientras ésta es una institución de Derecho Público aquél podrá serlo o no atendiendo a su propia naturaleza, de esta manera no tendría objeto reponer a través del amparo un procedimiento de licitación si el contrato cobró eficacia jurídica produciendo sus efectos entre las partes celebrantes, igualmente carecería de eficacia el amparo si el juez de Distrito, en nuestro concepto y respetando las opiniones en contra, no tiene facultades para modificar el sentido de la adjudicación toda vez que ésta constituye un acto discrecional, formal y materialmente administrativo cuya responsabilidad recae en forma exclusiva en los servidores.

²⁹ SOTO GORDO, Ignacio y LIÉVANA PALMA, Gilberto, *op. cit.*, nota 27, p. 84.

públicos de la Administración Pública Federal facultados para producirla.

III. CONCLUSIONES. LA TUTELA EFECTIVA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

De la lectura de las consideraciones precedentes parece desprenderse que las normas constitucionales que regulan la licitación pública, con todo y la trascendencia de los objetos jurídicos que implican, adolecen de imperfección en la medida que el particular no cuenta con instrumentos para defender sus garantías cuando éstas son violadas. Sin embargo, en nuestro concepto la tutela de la licitación pública la establece en su último párrafo el artículo 134 constitucional que determina que los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de las bases relativas al manejo de recursos federales en los términos del Título IV de la propia Constitución. Esto nos lleva a recordar que las reformas a dicho Título, iniciadas conjuntamente a las del numeral en cuestión, prevén tres tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los servidores públicos por el incumplimiento de las obligaciones que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, a saber, la política, la penal y la administrativa, siendo relevantes para nuestro estudio las dos últimas.

1. La Tutela Penal

El Código Penal Federal establece en su artículo 217 que "Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades: El servidor público que indebidamente... otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos", debiéndose entender que el elemento "indebidamente" se trata de un elemento de valoración cultural que comprende, necesariamente, los actos en materia de adquisiciones o de contratación de obra que no se apegan a la normatividad que deban regirlos, extremo que se agotaría cuando, sin haber una causa justificada, en la licitación pública se violen las formalidades que deben observarse.⁸⁰

⁸⁰ "Existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y sólo por excepción, cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren relevancia penal. Si el legislador describe estas conductas haciendo abstracción de todo elemento normativo, se daría la impresión a las personas desprovistas de formación jurídica —y no se olvide que todos los habitantes de un Estado son los destinatarios de la Ley Penal—, de que la ley sanciona conductas de obvia

De acuerdo con lo anterior, podemos intentar una clasificación del tipo:

— De acuerdo con la calidad del sujeto activo se trata de delitos exclusivos, propios o de sujeto calificado en los cuales se exige la concurrencia, en el sujeto, de una determinada cualidad, la de servidor público, de tal manera que solamente quienes la reúnen pueden realizarlo.

— De acuerdo con la calidad del sujeto pasivo se trata de delitos impersonales, que son aquellos en que la lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general.

— De acuerdo con el número de sujetos que intervienen en su perpetración, indistintamente pueden ser delitos monosubjetivos, en los que el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona; o plurisubjetivos en los cuales, según el modelo legal, sólo pueden realizarse por el concurso necesario de varios sujetos.

— De acuerdo con la manifestación de la conducta se trata de delitos formales o de simple actividad que son aquellos que agotan el tipo con la acción u omisión del sujeto activo, sin que sea necesario para su consumación, la manifestación de un cambio en el mundo exterior.

— De acuerdo con el daño se trata de delitos de lesión, pues causan un daño efectivo a los bienes jurídicos que las formalidades y etapas de la licitación pública tutelan.

— De acuerdo con su estructura se trata de un delito compuesto, en virtud de que la tipificación se integra con la definición prevista en el tipo básico y la definición señalada en otros ordenamientos que complementan la estructura, como son las prevenciones constitucionales y las leyes de Adquisiciones y de Obra.

2. El Ministerio Público Federal como órgano de la Tutela Penal

El artículo 21 constitucional dispone que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público en tanto que corresponde exclusivamente a la autoridad judicial la imposición de las penas. Con este dispositivo se viene a determinar claramente las competencias en materia penal lo cual es importante porque el monopolio en el ejercicio de la acción penal se le concede al Ministerio Público en función de la representación social que ostenta. No obstante esto es evidente que la comisión de un delito causa una doble lesión, afecte de manera directa los bienes jurídicos de una persona y de manera indirecta la estructura funda-

licitud, y, como consecuencia, se entronizaría la confusión y la desconfianza en las relaciones de la vida humana", JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 4a. Ed., México, Edit. Porrúa, 1983, p. 87.

mental de la sociedad que la norma penal protege, sin embargo, el sistema procesal penal ha preferido salvaguardar la tutela de ésta sobre la de aquéllos dándole mayor importancia al Derecho Social de perseguir los delitos sobre el interés que los particulares pudieran tener de que un acto delictivo fuera castigado. Así lo ha considerado la Corte al señalar:

Acción penal, ejercicio de la.—Conforme al artículo 21 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal, compete exclusivamente al Ministerio Público, como representante de la sociedad, y no a los particulares. De esto se deduce que dicha acción no está ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos.

En tal virtud, la procedencia del ejercicio de esa acción por parte del Ministerio Público, aun en el supuesto de que sea susceptible de juzgarse indebida, lesionaria, en último caso, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir de conceder el amparo, este tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercer la acción penal, lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos, cosa que no está dentro de sus facultades.³¹

3. La Tutela Administrativa

La tutela administrativa de la licitación pública, entendida como un instrumento de control y disciplinario que el Estado tiene para supervisar el comportamiento de los servidores públicos y para sancionar internamente las desviaciones en que incurran la prevé la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que establece que éstos deberán cumplir las leyes y otras normas que determinen el manejo de recursos económicos, públicos y abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servidor público,³² lo cual en este caso se materializa en virtud de ser normas constitucionales y reglamentarias de éstas las

³¹ Quinta época, t. XXXIV, p. 1180, ZÁRATE, Ignacio G.

³² Artículo 47, fracciones II y XXI de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

que imponen obligaciones jurídicas con un contenido específico a los responsables de la sustanciación de los procedimientos de licitación pública.

Esto quiere decir que la Constitución al responsabilizar a los Servidores públicos penal y administrativamente del cumplimiento de los imperativos en materia de licitación pública ha querido que sea a través de estos instrumentos de tutela que se salvaguardan los objetivos que dicha institución pretende. De esta manera se conserva la agilidad y autonomía que debe disfrutar la Administración Pública para contratar con los particulares en una relación de coordinación y no de subordinación lo cual, en nuestro concepto es un acto independiente al del procedimiento de licitación pública que carece de los elementos necesarios para ser considerado como acto de autoridad para los efectos del amparo.

No aceptar esto, concediendo en cambio que el Juez de Distrito tiene facultades para modificar una adjudicación, sería tanto como aceptar que el Poder Judicial puede desempeñar tareas que son formal y materialmente administrativas y que la Constitución ha depositado de manera exclusiva en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

4. La Contraloría General de la Federación como órgano de la tutela administrativa

Parte integrante de este paquete de reformas fue la adición del artículo 32 Bis a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mediante el cual se creó la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y que dentro de sus facultades contempla las de: inspeccionar y vigilar directamente o a través de los órganos de control que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de contratación de obra pública y adquisiciones; atender las quejas que presenten los particulares con motivo de acuerdos, convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de acuerdo con las normas que se emitan; y conocer e investigar los actos, omisiones o conductas de los servidores públicos para constituir responsabilidades administrativas, aplicar las sanciones que correspondan en los términos que las leyes señalen, y en su caso, hacer las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público prestándole para tal efecto la colaboración que le fuera requerida.

Las disposiciones que se desprenden del artículo en cuestión junto con el resto de facultades genéricas en materia de vigilancia, control

y evaluación gubernamental conforman lo que podríamos llamar la teoría de la doble representación del contralor administrativo y que, a nuestro juicio consiste en lo siguiente: la Secretaría de la Contraloría General de la Federación como dependencia encargada de "planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamentales"³³ al que están sujetas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal ostenta una doble representación, por un lado la disciplinaria y de control que la Ley le determina a cada uno de los poderes para que internamente supervisen la operación de sus diversas instancias. Por la otra, ostenta la representación de los intereses de la comunidad para que vigile en su representación el correcto manejo de los recursos públicos que el pueblo ha depositado para su custodia y administración a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Esta doble representación se traduce en las facultades contenidas en el artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal encontrando como acciones específicas las administrativas y las disciplinarias, que como veremos a continuación producen sus efectos jurídicos, sustantivos y adjetivos, ya sea a instancia de parte o de oficio.

En materia administrativa encontramos como expresión de las facultades de control gubernamental las prevenciones legales que permiten a la Contraloría participar en la celebración de licitaciones públicas que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, pudiendo dictar las determinaciones correctivas procedentes; igualmente la Contraloría se encuentra facultada para recibir, tramitar y resolver las inconformidades que se presenten contra actos emanados dentro de dichos procedimientos.³⁴

La expresión de las facultades de la Contraloría en materia disciplinaria se encuentran en la posibilidad que ésta tiene para instaurar el procedimiento de responsabilidad administrativa y aplicar las sanciones resultantes, de oficio o mediante denuncias o quejas que se formulen con motivo del incumplimiento, por parte de los servidores públicos de la Administración Pública Federal, de las obligaciones que deben regu-

lar su actuación, en este caso relativas a la licitación pública, distinguiendo aquéllas según que el acto de que se trate cause o no un perjuicio directo a quien lo haga del conocimiento del órgano disciplinario.³⁵

El primero de estos instrumentos de tutela tiene por objeto aplicar disposiciones preventivas o correctivas, dentro de la licitación de que se trate, desde el punto de vista de los intereses de la población en general y de las dependencias o entidades en particular procurando, en la medida de lo posible, que los recursos económicos afectos a la adquisición o contratación de obra sean manejados con apego a lo dispuesto por el artículo 134 constitucional, es decir, tiene una finalidad preponderantemente administrativa, interna y discrecional.

Por su parte la facultad disciplinaria consiste en un instrumento no discrecional, es decir, obligatorio. Esto significa que independientemente del resultado de la licitación desde el punto de vista administrativo, las desviaciones en la conducta de los servidores públicos responsables de un procedimiento de licitación deberán ser sancionados con arreglo a las normas adjetivas previstas por la Ley de Responsabilidades que deberán resultar en la aplicación de las sanciones correspondientes.

Al igual que con los efectos producidos por la comisión de algún delito, las violaciones emanadas de una adjudicación que entrañe un atropello a las condiciones objetivas de evaluación producen una doble lesión, la de la expectativa legítima de contratación del particular y la de la sociedad, que exige el manejo adecuado de los recursos públicos. En nuestro concepto, de la primera de ellas, no puede derivarse la acción de amparo a la que pueda recurrir el particular para proteger sus intereses, los cuales se supeditan legalmente a los de la sociedad que los ve representados por el Contralor Administrativo a quien corresponde jurídicamente su custodia mediante el ejercicio de sus atribuciones y facultades en materia de control gubernamental y del ejercicio del poder disciplinario, lo cual se explica en virtud del desarrollo que nuestra legislación ha tenido respecto de la anterior que "no tutelaba adecuadamente el funcionamiento del servidor público, pues las irregularidades que lo ponían en peligro y que afectaban no sólo su estructura, sino la de toda la sociedad, no recibían un tratamiento acorde con los valores morales que pretende nuestra sociedad, esto explica el proceso de trasplante de valores morales del terreno ético, al campo estrictamente jurídico, en el que ya es posible salvaguardar los valores-principios que deben regir el buen y adecuado funcionamiento del

³⁵ Artículo 17 del Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 19 de enero de 1983.

³³ Artículo 32-bis, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, cuya adición fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de diciembre de 1982.

³⁴ Artículo 1o. del Acuerdo de Adscripción de las Direcciones de Área de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 17 de junio de 1985, que es congruente con los artículos 2o., 5o., 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 66 y 67 de la Ley de Adquisiciones, y 1o., 3o., 11, 59, 61, 62, 63, 64, 65 y 66 de la Ley de Obras Públicas que establecen la intervención de la Contraloría sobre adquisiciones y contratación de obra que realice la Administración Pública Federal.

servicio público, como legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia".³⁶

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- ACOSTA ROMERO, Miguel y Genaro David GÓNGORA PIMENTEL, *Ley de Amparo*. 2a. edición, México, Porrúa, 1985.
- BAQUE, Horacio, "Del proceso de la licitación pública", *Revista de Derecho Público y Privado*, año XVI, t. XXXII, Nos. 187-188, enero-febrero de 1954, Montevideo, Uruguay.
- BAUMANN, Jürgen Dr., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1973.
- BAZDRESCH, Luis, *El Juicio de Amparo*, 4a. edición, México, Trillas, 1986.
- . *Garantías Constitucionales*, 3a. edición, México, Trillas, 1986.
- BENAVIDES P., Víctor Leonel, "Algunas Consideraciones sobre la Licitación Pública en Panamá", *Anuario de Derecho*, año XII, No. 13, 1984, Panamá, Panamá.
- BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 14a. edición, México, Porrúa, 1979.
- . *Las Garantías Individuales*, 12a. edición, México, Porrúa, 1979.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, "Los Derechos de Preferencia frente a la Administración y el Sistema de Licitación de la Contratación de los Entes Públicos", *Revista de Administración Pública*, No. 59, mayo-agosto de 1969, Madrid, España.
- DEL VAL BLANCO, Enrique, *Servidores Públicos y sus Nuevas Responsabilidades*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 18a. edición, México, Porrúa, 1978.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 4a. edición, México, Porrúa, 1983.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Síntesis de Derecho Penal*, México, Trillas, 1984.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 14a. edición, México, Porrúa, 1981.

³⁶ DEL VAL BLANCO, Enrique, *Servidores Públicos y sus Nuevas Responsabilidades*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1984.

- PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, Reus., 1936.
- PICHARDO PAGAZA, Ignacio, *Introducción a la Administración Pública*, México, Instituto Nacional de Administración Pública y Conacyt, t. I, 1984.
- SOTO GORDOA, Ignacio, y Gilberto LIÉVANA PALMA, 2a. edición, México, Porrúa, 1977.

2. Legislación consultada

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles.
- Ley de Obras Públicas.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- Ley General de Bienes Nacionales.

3. Diccionarios consultados

- Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1984.
- Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Editorial Herrerías, S.A., México, 1941.
- Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*. Editorial Ramón Sopena, S. A., España, 1978.