

EVALUACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA¹

PALOMA ALELY LICÓN RAMÍREZ ²
JORGE ANTONIO BRECEDA PÉREZ³

RESUMEN

Derivado de la evaluación de los principios del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que rigen la contratación pública en materia de adquisición de bienes, arrendamientos y contratación de servicios, mediante los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores contemplados en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua y su Reglamento 2019, se obtiene que la legislación estatal antes referida, no cumple con los principios de imparcialidad, eficiencia y eficacia en cuanto al procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores, asimismo, por lo que toca a la

-
- 1 Artículo derivado de la asignatura de Metodología de la Investigación del programa de Maestría en Derecho Fiscal por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.
 - 2 Maestrante en Derecho Fiscal en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Licenciatura en Comercio Exterior del programa de Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.
 - 3 Profesor-investigador adscrito al Departamento de Ciencias Jurídicas de la UACJ. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

adjudicación directa, no se acreditan los principios de economía, eficiencia, eficacia e imparcialidad, considerando este último procedimiento como no reglado, lo anterior, bajo un análisis teórico derivado de Robert Alexy, al definir los principios como mandatos de optimización. Dicha problemática ocasiona compras faltas de calidad, probidad, subjetividad de precios, discrecionalidad, no administración de riesgos y posible corrupción en el sistema de contratación gubernamental. Ante tal situación, se emite una serie de recomendaciones tomando como base los comentarios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, mismos que contribuyen a nuestra normatividad estatal, para dar cabal cumplimiento a la obligación constitucional antes referida.

Palabras clave: Derecho constitucional, Contratación pública, Mandatos de optimización, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua.

ABSTRACT

Derived from the evaluation of the principles of article 134 of the Constitution of the United Mexican States governing public procurement in the areas of acquisition of goods, leases and contracting of services, through the procedures of direct award and invitation to at least three suppliers provided for in the Law on Acquisitions, Leases and Procurement of Services of the State of Chihuahua and its Regulations 2019, it is obtained that the state legislation referred to above, it does not comply with the principles of impartiality, efficiency and effectiveness as regards the invitation procedure to at least three suppliers, and as regards direct award, the principles of economy, efficiency, effectiveness and impartiality are not demonstrated, considering the latter procedure, as not regulated, the above, under a theoretical analysis derived from Robert Alexy, when defining the principles as optimization mandates. This problem leads to purchases lacking quality, probity, price subjectivity, discretion, not risk management, and possible corruption in the government procurement system, a series of re-

commendations are issued, on the basis of the comments issued by the Organization for Economic Cooperation and Development, which serve as a contribution to our State regulations, in order to comply fully with the above-mentioned constitutional obligation.

Keywords: Constitutional law, Public procurement, Optimization mandates, Chihuahua State Procurement, Leasing and Contracting Act.

INTRODUCCIÓN

El artículo 134 de la constitución federal otorga al estado de Chihuahua —legislador secundario— facultad para emitir sus propios procedimientos excepcionales a la licitación pública, estos son, la adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores, esto siempre que la normatividad en la materia acredite los principios de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez.

Por ello, aun y cuando se llevó a cabo la emisión del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua⁴ en el año 2019, así como las modificaciones a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua,⁵ para tratar de cumplir con dicho mandato, se siguen presentando inconsistencias y ambigüedades en dicha normatividad. Estas han ocasionado un alto porcentaje de observaciones por parte de la Secretaría de la Función Pública, en los procedimientos excepcionales, produciendo una problemática en este sentido, la cual consiste en el no cumplimiento por parte de la ley hacia los principios de contratación pública que expresa el mandato constitucional, cuando de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores se refiere, pues dicha falta ocasiona, a su vez, compras faltas de calidad, probidad, subjetividad de precios, discrecionalidad, no administración de riesgos y posible corrupción en el sistema de

4 En adelante como: RLAACSCH.

5 En adelante como: LAACSCH.

contratación gubernamental, pues es de saber, que no es representativo del actuar del servidor público, sino de la normatividad que regula la acción.

Ante esta problemática, se ha decidido llevar a cabo una evaluación de los principios constitucionales en dichos procedimientos alternos, esto con la finalidad de evidenciar cuáles de los principios a que refiere el mandato constitucional no se están acatando por parte de la normatividad en materia de adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios en el estado de Chihuahua; para tal efecto, parte fundamental de la metodología empleada recae en la teoría de Robert Alexy (1994), al observar las líneas que configuran a la “eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez” en un sentido amplio, es decir, estudiar tales principios como mandatos de optimización que permitan visualizarlos en su mayor exponente.

Asimismo, una vez llevado a cabo dicho análisis, se mostrarán las excepciones a la licitación pública, explicando los supuestos en los cuales es permisible acudir a ellas, toda vez que no son la regla principal para adquirir bienes, arrendar o contratar servicios. Además de evidenciar la importancia de fundamentar y motivar el uso de las excepciones con base en principios y no criterios, indicando la relevancia que los primeros merecen.

En seguimiento a la metodología planteada, una vez obtenidos dichos aspectos, se procederá a efectuar una evaluación cualitativa de los principios constitucionales —ya estudiados como mandatos de optimización— con los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores contenidos en la ley antes mencionada. Para lograr ese objetivo, a través de la evaluación se sistematizará la información analizada mediante el uso de tablas que ilustren la relación de los principios constitucionales en los procedimientos de vía excepcional, mostrando los resultados objeto del presente estudio mediante el uso de la regla denominada “cumple o no cumple”, en el sentido de que no existen cumplimientos parciales. Tomando como referencia en todo momento el apoyo de órganos técnicos, fuentes científicas y teóricos en la materia.

En este orden, y evidenciando como resultado de dicha evaluación que la LAACSCH y su respectivo reglamento no cumplen con los principios constitucionales de eficiencia, eficacia e imparcialidad, tratándose de invitación a cuando menos tres proveedores, así como no se acreditan los principios de economía, eficiencia, eficacia e imparcialidad, en cuanto a la adjudicación directa se refiere, se mostrarán las implicaciones a las cuales se expone el Estado al no cumplir con dichos principios contenidos en el mandato constitucional.

Finalmente, en las conclusiones se dedica un apartado para la emisión de recomendaciones ante la falta de dichos principios contractuales por parte de la normatividad ya citada, mismas que se basan en los comentarios que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) —instancia de la cual México forma parte y que dentro de sus funciones tiene a bien emitir recomendaciones en materia de contratación pública— ha expuesto a otras legislaciones estatales en el país, esto con el ánimo de advertir una contribución importante a la LAACSCH y su respectivo Reglamento, otorgando una posible solución al problema de investigación expuesto, pues el análisis del no acreditamiento de dichos principios no descansa en una percepción individualista, sino en el apoyo de fuentes técnicas y científicas, así como en el contenido que actualmente la norma expresa y que en la practicidad ha sido confirmado.

1. FACULTAD DEL LEGISLADOR SECUNDARIO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶ otorga al estado de Chihuahua la facultad para establecer procedimientos de contratación alternos a la licitación pública,⁷ esto es, adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores, esta atribución se encuentra en el artículo 134 (2019) y menciona:

6 En adelante como: CPEUM.

7 Concurso público para adquirir bienes, arrendar o contratar servicios, en el cual se lleva a cabo una convocatoria pública, junta de aclaraciones, presentación de proposiciones económicas y técnicas, así como la emisión del fallo a la persona física o moral que presente una propuesta solvente.

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

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado (p. 144).

El precepto legal es trascendente, ya que cuando no se lleve a cabo la regla general de licitación pública para contratar, es permisible la emisión de requisitos para regular la adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios mediante la vía excepcional o alterna, siempre que la legislación estatal observe y acredite los principios constitucionales relativos a la economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸ confirma la facultad contemplada en el artículo 134 constitucional, haciendo énfasis en la obtención del cumplimiento de los principios que integran la contratación pública, por parte del legislador secundario, es decir, por la LAACSCH y su respectivo reglamento, que manifiesta:

[...] el legislador secundario deberá regular procedimientos, bases, reglas, requisitos y demás elementos para lograr la realización de los principios que informan el régimen contractual del Estado [...] pues si bien solo se dispone que lo podrá hacer explícitamente cuando regule procedimientos alternativos a las licitaciones debe entenderse

8 En adelante como: SCJN.

que esta facultad reglamentaria abarca todo el referido ámbito material. (SCJN, Primera Sala, 2015). (Énfasis añadido).

Por lo expuesto, es preciso referir que al legislar en el estado de Chihuahua en materia de adquisiciones de bienes, arrendamientos o contratación de servicios, mediante excepciones a la licitación pública, deben acreditarse totalmente, es decir, sin cumplimientos parciales, los principios constitucionales de economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez, mismos que se analizarán en el siguiente subtema, pues de la facultad —ya mencionada— surge la necesidad de evaluar dichos principios en su sentido más amplio, en los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores, para que efectivamente aseguren las mejores condiciones para el Estado.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN

Los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez consagrados en el artículo 134, tienen que acreditarse como mandatos de optimización en los procedimientos excepcionales de contratación pública que regula la LA-ACSCH y su reglamento, ya que hacer uso de la vía excepcional, no es la regla principal para adquirir bienes, arrendar o contratar servicios. Al respecto, Alexy establece en cuanto a su teoría de principios que,

Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas o jurídicas. [...] será utilizada en un sentido amplio (Alexy, 1994: 185).

Es así que el eje rector para el cumplimiento de los principios constitucionales en los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores, consiste en que es-

tos demuestren en la mayor medida posible la economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez, pues de ello se desprende la necesidad de evitar cumplimientos parciales.

La ejecución de esta teoría debe manifestar un aseguramiento mediante un candado que no pueda vulnerarse por parte de los procedimientos excepcionales contenidos en la LAACSCCH y su reglamento, en el sentido de que se apliquen los principios constitucionales de la forma más amplia.

Por ello, surge la necesidad de analizar los conceptos de cada uno de los principios constitucionales y posteriormente emplear un examen con los procedimientos excepcionales (tema que se dará a conocer más adelante), para determinar “[...] si la actuación del legislador es acorde con dichos principios [...]” (SCJN, Primera Sala, 2012).

2.1. *Eficiencia*

Respecto a una posible definición, la SCJN construye el término como aquel “que consiste en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional de los medios existentes, esto es, que exista una relación medio-fin al menor costo posible” (SCJN, Primera Sala, 2012).

Cabe puntualizar que el menor uso de recursos al que hace referencia la SCJN, indica obtener un fin planteado ejerciendo adecuadamente el presupuesto designado para cada entidad, cumpliendo, sin lugar a duda, con estándares o lineamientos de calidad.

En este sentido, la eficiencia también debe permitir lograr de manera satisfactoria procedimientos administrativos, estos con el menor costo financiero y el menor tiempo invertido del recurso humano. Al respecto, la Directora de Procesos y Enlaces de la Unidad Política de Contrataciones Públicas, la C. Ana Hernández, menciona que la eficiencia consiste en “procesos claros y expeditos, con responsables plenamente identificados, que aseguren al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio-calidad” (Secretaría de la Función Pública, 2015: 5).

Las características anteriores, que componen el principio de eficiencia, no pueden ejercerse sin la necesidad de una adecuada

planeación, pues una correcta organización permite llegar a la meta que fue establecida en el inicio y que, tanto en este como en el desarrollo y obtención del fin, se refleje el menor uso de recursos.⁹

Es así que, en materia de adquisiciones, arrendamientos o contratación de servicios, las piezas de la eficiencia radican en una planeación de procedimientos administrativos, claridad en las normas que los regulan y permitir en todo tiempo la realización del fin sin demoras.

2.2. *Eficacia*

La eficacia en los actos administrativos se hace visible en el cumplimiento del fin propuesto, sin la necesidad de la variante del menor uso de recursos, sin embargo, dicha característica no deja de constituir un adecuado cumplimiento de un determinado objetivo. En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas (UNODC, 2013) define a este principio “como la capacidad de lograr determinados efectos [...]” (p. 52).

Este principio debe evidenciarse en la capacidad de las normas jurídicas que regulan los procedimientos administrativos, para que estos cumplan de forma satisfactoria sus objetivos.

Se menciona que “la eficacia no es más que una consecuencia del acto administrativo válido que lo hace apto y capaz de producir los efectos para los cuales se les dio vía jurídica” (Santofimio, 1994: 235).

Es decir, los procedimientos administrativos deben tener por sí mismos la capacidad y disposición necesaria para asegurar la calidad y el adecuado cumplimiento del fin, pues la normatividad que los regula debe ser el motor que los conduzca a la ejecución válida de sus efectos.

Por ello, las líneas que integran este principio se refieren a la aptitud y capacidad de la legislación estatal en materia de adqui-

9 Entiéndase por recursos, no solamente los económicos, sino aquellos factores que son indispensables en todo trámite administrativo, como el adecuado desempeño del tiempo y la claridad en los procesos, que en cuestiones prácticas, permita el correcto cumplimiento del objetivo planteado, en el menor tiempo, sin complejidad en las normas que los regulan y evidenciando un ahorro pecuniario.

siciones, que regula los procedimientos excepcionales, para cumplir efectivamente el propósito de adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios para los cuales fueron creados.

2.3. *Economía*

El principio de economía en la contratación pública se debe observar en dos aspectos. El primero radica en lo que establece la SCJN, al referir que dicho principio “se relaciona con la administración recta y prudente de los bienes, a efecto de lograr las mejores condiciones de contratación para el Estado” (SCJN, Primera Sala, 2012).

En este sentido, la LAACSCH y su reglamento deben prever en los procedimientos excepcionales, el uso adecuado y racional de los recursos, enunciando la administración prudente y recta en el ejercicio del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios del ente público. Este principio va de la mano con la planeación, al permitir calendarizar y organizar la disposición de recursos con base en las necesidades de las áreas requerentes. En segundo aspecto radica en “buscar el mejor uso de los recursos públicos, considerando las condiciones del mercado” (Secretaría de la Función Pública en el Estado de Chihuahua, 2019), por ello la legislación estatal referida debe permitir una valoración de mercado por parte del ente público, esto con la finalidad de analizar el precio que resulte conveniente para el gasto de recursos financieros.

Por tal motivo, la economía como principio debe aportar una referencia en materia de adquisiciones, para llevar una adecuada y prudente administración de cada uno de los presupuestos, buscando en el mercado el proveedor que ofrezca el precio más conveniente para el mejor empleo del gasto público.

2.4. *Imparcialidad*

El principio de imparcialidad debe evitar actos privilegiados en los procedimientos administrativos por parte de las normas que los regulan. Este principio “en la contratación pública, va de la mano con el de igualdad [...] al establecer un umbral homogéneo en la

formulación de condiciones de participación“ (UNODC, 2013: 57). Esto indica que en los procedimientos excepcionales se deben plantear las mismas condiciones de participación.

Los supuestos que integran este principio consisten en la no permisión de cuestiones ventajosas por parte de los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores hacia todo lo que encierre el favoritismo, así como evitar la discrecionalidad. Además, que la LAACSCH y su reglamento otorguen a los futuros proveedores o licitantes igualdad de condiciones, es decir, no limitando su participación.

2.5. *Honradez*

La SCJN señala, que la “honradez implica la rectitud de ánimo, integridad en el obrar; es la forma de comportarse de quien cumple con escrúpulo sus deberes profesionales” (SCJN, Primera Sala, 2012).

Por ello, la honradez es la manera adecuada para la conducción pública de cualquier sujeto al ejercer sus deberes y obligaciones; sin embargo, va más allá de que una persona camine por el mundo evitando realizar actos deshonestos, pues este principio debe extenderse al ámbito normativo, esto es, que en toda clase de procedimientos que consagran los ordenamientos existan normas íntegras, que conduzcan, en su mayor sentido, al ejercicio de la probidad.

Aunado a lo anterior, el principio de la honradez deberá fungir como el vehículo que lleve a la transparencia, ya que la SFP indica que la honradez consiste en la “comprobación contable de los gastos efectuados” (Secretaría de la Función Pública en el Estado de Chihuahua, 2019). Por lo cual, no pueden comprobarse las erogaciones que resulten del uso de procedimientos excepcionales sin la herramienta de la transparencia, que informe al público el gasto de las adquisiciones de bienes, arrendamientos o contrataciones de servicios, dado que la rectitud y la integridad se reflejan con el acto público de la información que soporta la acción.

En este orden de ideas, la LAACSCH y su reglamento deben facilitar a través de las normas que regulan los procedimientos

excepcionales, los instrumentos y mecanismos que sean necesarios para el cumplimiento adecuado de la información pública, ya que de conformidad con la Coordinación de Universidad Abierta y Educación a Distancia (CUAED) de la Universidad Autónoma de México (UNAM), indica que, “[...] todo ciudadano y no solo los participantes en las licitaciones, tienen el derecho de conocer de principio a fin cómo se realiza cualquier procedimiento de contratación” (2017). Aunado a esto, debe descubrirse el uso que motiva el manejo de la adjudicación directa o invitación a cuando menos tres proveedores.

Por lo anterior, la línea que conforma la honradez consiste en la permisión por parte de las leyes anteriormente mencionadas para utilizar herramientas que demuestren el ejercicio de la transparencia en la comprobación y demostración del uso de los procedimientos excepcionales, así como del gasto que se genere en cada uno de ellos.

3. EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN PÚBLICA

Como se ha expresado, la normatividad que contiene la excepcionalidad a la licitación pública en el estado de Chihuahua, previa facultad concedida por la CPEUM, es la LAACSCH y su respectivo reglamento.

Por tal motivo, el artículo 40 de la LAACSCH (2019) establece que “los entes públicos, solo en casos excepcionales y bajo las condiciones establecidas por esta ley, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios mediante los siguientes procedimientos: I. licitación en su modalidad de invitación a cuando menos tres proveedores. II. adjudicación directa” (p. 16).

A continuación se procede a describir las formas excepcionales, así como los supuestos en los cuales resultan aplicables. Esto con la finalidad de expresar elementos que servirán de base para el análisis de los principios constitucionales en la invitación a cuando menos tres proveedores y la adjudicación directa.

3.1. *Invitación a cuando menos tres proveedores y adjudicación directa*

La invitación a cuando menos tres proveedores es una forma de adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios, en la cual cada ente público invita a por lo menos tres agentes, mismos que presentan sus proposiciones técnicas y económicas, evaluando y seleccionando, por parte del ente, aquella propuesta que resulte solvente.

Al igual que la forma anterior, la adjudicación directa se utiliza como un medio de adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios, sin embargo, en esta no existe la concurrencia de participantes, ya que el ente público elige de manera directa al agente, para satisfacer la necesidad del área requirente.

El empleo de cualquier modalidad, antes expuesta, debe realizarse previa fundamentación de alguna causal o monto establecido en ley, razón por la cual se enuncian los siguientes supuestos de aplicación.

3.2. *Supuestos estrictos de aplicación*

Para poder adquirir a través de algún medio excepcional es indispensable observar los montos que enuncia la LAACSCH (2019); en virtud de ello, el artículo 74 expone:

[...] I. En adjudicaciones directas, el monto no podrá exceder la cantidad de treinta y seis veces el valor anual de la Unidad de Medida y Actualización vigente por cuenta presupuestal, sin incluir el Impuesto al Valor Agregado. II. En invitaciones a cuando menos tres proveedores, el monto no podrá exceder la cantidad de cincuenta y cuatro veces el valor anual de la Unidad de Medida y Actualización vigente por cuenta presupuestal sin incluir el Impuesto al Valor Agregado (p. 30).

La regla cuantitativa que se señala constituye una restricción al uso de las herramientas excepcionales, al establecer cantidades que deben ser respetadas para poder ejecutar dichos procedimientos.

A pesar de que en las posibles adquisiciones los montos no se encuentren dentro de los márgenes cuantitativos ya mencionados, la ley consagra una serie de casos que el ente público podrá hacer uso para adquirir vía excepcional, esto lo afirma el artículo 73 de la LAACSCH (2019):

Los entes públicos podrán contratar a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres proveedores o de adjudicación directa, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

I. No existan bienes o servicios alternativos o sustitutos técnicamente razonables, o bien, que en el mercado exista una sola persona oferente. II. Peligre o se altere la vida de las personas, el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del Estado, como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, o que por estas mismas causas no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate. [...] IV. Su contratación mediante el procedimiento de licitación pública ponga en riesgo la seguridad pública, en los términos de las leyes de la materia. [...] XIII. Los servicios contratados directamente con la persona que posee la titularidad o el licenciamiento exclusivo de patentes vigentes, derechos de autoría, u otros derechos exclusivos, o por tratarse de obras de arte (pp. 29-30).

La cita anterior resulta importante, ya que se quebrantará la regla general cuando existan circunstancias especiales y extraordinarias que imposibiliten llevar a cabo una licitación pública. Por ello el uso de la vía alterna deberá fundamentarse en alguna de las causales para que sea permisible.

Por lo anterior, se prevé la regla del monto o supuesto, pues basta con que se configure alguna causal del artículo 73 o el valor del bien y/o servicio se sitúe dentro del rango monetario descrito en el artículo 74 para que pueda fundamentarse el uso de la adjudicación directa o invitación a por lo menos tres proveedores.

4. IMPORTANCIA DE FUNDAMENTAR Y MOTIVAR CON BASE EN PRINCIPIOS Y NO CRITERIOS

Como ya se ha mencionado, para llevar a cabo algún procedimiento excepcional debe existir una necesidad de adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios, la cual encuadre en la regla del monto o supuesto,¹⁰ debiendo fundamentar y motivar la selección de la vía con base en los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Esto con la finalidad de asegurar las mejores condiciones de contratación para el Estado. Al respecto, la UNODC (2013) menciona:

Para que estos casos se den, tiene que cumplirse con las condiciones que marquen las leyes respectivas. No puede dejarse al arbitrio de la autoridad decidir cuándo procederá o no la licitación. Estas excepciones deben salvaguardar en todo momento, los principios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones de compra para el Estado. (p. 61). (Énfasis añadido)

La cita anterior tiene relevancia en el tema que se ocupa, ya que las leyes deben proveer que el uso de la vía excepcional se justifique estrictamente en principios constitucionales,¹¹ toda vez que estos elementos son esenciales para la unificación de procedimientos de contratación pública, evitando de esta manera la gran variedad de interpretaciones que surgen a lo largo de las necesidades imperativas de adquisiciones de bienes, contrataciones de servicios o arrendamientos.

Por la importancia que los principios constitucionales tienen en el derecho administrativo, es importante tomar en cuenta que la LAACSCH (2019) no utiliza la definición adecuada para referirse a la eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez, pues

10 Expuesta en el subtema 3. Excepciones de la licitación pública, 3.2. Supuestos estrictos de aplicación.

11 Que se apliquen en la mayor medida posible (mandatos de optimización).

la justificación se señala con base en criterios. Esto de conformidad con el artículo 72, el cual expresa:

[...] la selección del procedimiento de excepción que realicen los entes públicos deberá fundamentarse y motivarse. Según las circunstancias que concurran en cada caso, los entes públicos deberán justificar las excepciones en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad, [...] honradez [...] que resulten procedentes para obtener las mejores condiciones para el Estado. El acreditamiento de los criterios en los que se funda, así como la justificación de las razones en las que se sustente el ejercicio de la excepción, deberán constar por escrito y ser firmados por la persona titular del área usuaria o requirente de los bienes o servicios. [...] (p. 28) (Énfasis añadido).

El citado artículo indica que las excepciones deben fundamentarse y motivarse en “criterios”, no mencionando la palabra “principios”. Esta particularidad resulta interesante toda vez que el presente estudio refiere a la evaluación de los principios constitucionales como mandatos de optimización en los procedimientos excepcionales, por lo cual es preciso referir que no solo la SCJN alude al llamamiento de “principios”, sino también algunos teóricos lo manifiestan, pues estos muestran la trascendencia que merecen en la contratación pública, tal como lo señala el autor Moreno Molina:

En la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos públicos, tanto a nivel nacional como internacional, los principios [...] desarrollan en la actualidad un papel muy relevante. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional [...] son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias. (Molina, 2015: 56) (Énfasis añadido).

Por lo antes expuesto, no es concebible que la LAACSCH haga uso del concepto de criterio, puesto que en la hermenéutica jurídica el empleo del vocablo criterio “designa expresamente la metodología para juzgar o discernir lo verdadero de lo falso” (Dueñas, 2009: 57); esta definición expresa un juicio de valor, que extendido al ámbito contractual público, implica “simples consideraciones” al tratar de justificar el uso de la vía excepcional, basándose en la opinión de lo que se infiere correcto o no en cuanto a la eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez, ocasionando de esta forma el uso discrecional.

Finalmente, se busca que los principios tomen el lugar que merecen en dicha normatividad, no siendo sustituidos por apreciaciones ocasionales, sino que, encontrándose en distintos supuestos los contenidos que definen dichos principios, se lleven siempre al máximo exponencial, o a su mayor ampliación, en el momento de fundamentar y motivar la aplicación de los procedimientos contractuales excepcionales, buscando la seguridad en las mejores condiciones para el Estado, evitando de esta forma prácticas abusivas en los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS EXCEPCIONALES

Este epígrafe tiene como finalidad mostrar si los procedimientos excepcionales para la adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios que regula la LAACSCH y su reglamento, acreditan o no, en la mayor medida posible, los principios constitucionales.

En este supuesto sobresale el análisis de dos situaciones: en primer término, las disposiciones comunes que se establecen por la LAACSCH y su Reglamento, antes del empleo de los procedimientos excepcionales, esto con el fin de estructura y organización de ideas en el presente estudio. En segundo término, se mostrarán cada uno de los procedimientos excepcionales con un

análisis evaluativo de los principios constitucionales, empleando una tabla evaluativa que indique los resultados.

5.1. *Disposiciones previas al procedimiento excepcional*

Previo a la ejecución de procedimientos excepcionales, la LAACSCH (2019) prevé una planeación de adquisiciones, arrendamientos o contratación de servicios. El artículo 22 de este ordenamiento expresa:

Los entes públicos formularán sus programas anuales de adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios, así como sus respectivos presupuestos, considerando: I. Las acciones previas, durante y posteriores a la realización de dichas operaciones. II. Las políticas, prioridades y recursos de la planeación del desarrollo estatal o municipal. III. Los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo. IV. La calendarización física y financiera de los recursos necesarios. [...] (p. 8).

El ejercicio de la planeación mencionado enmarca el origen de emplear los procedimientos excepcionales, ya que no solamente se planifican las acciones, sino los aspectos financieros; al respecto, en cuanto a finanzas en la ejecución de excepciones, el artículo 75 refiere que “la suma de las operaciones por cuenta presupuestal [...] no podrán exceder del veinte por ciento del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios [...]” (p. 31).

Antes de iniciar con la ejecución de los procedimientos de adjudicación directa e invitación a por lo menos tres proveedores, se tiene que realizar un estudio de mercado. El artículo 42 de la LAACSCH (2019) dispone que “previo a la adjudicación en los procedimientos de contratación previstos en esta ley, los entes públicos deberán realizar al menos una investigación de mercado [...]” (p. 16). También, el artículo 31 del RLAACSCH (2019) indica que la investigación se acreditará con al menos tres cotizaciones. Asimismo, el artículo 32 de dicho ordenamiento establece lo siguiente:

La investigación de mercado tendrá como propósito que los entes públicos: I. Determinen la existencia de oferta de bienes y servicios en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas por las mismas. II. Verifiquen la existencia o inexistencia de proveedores con posibilidad de cumplir con sus necesidades de contratación. III. Conozcan el precio prevaleciente de los bienes, arrendamientos o servicios requeridos, al momento de llevar a cabo la investigación (p. 19).

La normatividad contempla que los entes públicos tienen la obligación de llevar a cabo la observación de existencia de bienes, servicios, proveedores y la obtención de precios, estos últimos con la finalidad de determinar la disposición de recursos financieros por parte del ente público.

En este sentido, el artículo 14 de la LAACSCH (2019) consagra que “los entes públicos se abstendrán de formalizar o modificar pedidos y contratos en las materias que regula esta ley, si no hubiera partida expresa y suficiencia presupuestal [...]” (p. 7).

Por lo anterior, obtenida la investigación de mercado, asegurada la suficiencia presupuestal, el ente público, a través de su Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, normado en los artículos 26 al 29 de la LAACSCH, podrá evaluar la procedencia de la invitación a cuando menos tres proveedores o adjudicación directa, previo escrito que elabore el área requirente, en el cual funde y motive el ejercicio de tal excepción, de conformidad con el artículo 72 de la LAACSCH (2019).

5.2. Principios constitucionales en el procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores

Esta herramienta permite que una vez aprobado el procedimiento por el Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios,¹² se procede a su ejecución, de conformidad con lo normado en el artículo 77 de la LAACSCH (2019), el cual consiste en lo siguiente:

I. Se difundirá la invitación en el Sistema Electrónico de Compras y en el portal oficial de internet del ente público. II. El acto de presen-

12 Ya se cuenta con investigación de mercado y suficiencia presupuestal.

tación y apertura de propuestas podrá hacerse sin la presencia de las y los correspondientes licitantes, pero invariablemente se invitará a una o un representante de la Función Pública o el Órgano Interno de Control que corresponda. III. Para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres propuestas susceptibles de analizarse técnicamente. En caso de que no se presenten el mínimo de propuestas señalado en el párrafo anterior, se deberá declarar desierta la invitación. IV. Los plazos para la presentación de las propuestas se fijarán para cada operación atendiendo al tipo de bienes, arrendamientos o servicios requeridos, así como a la complejidad para elaborar la propuesta. Dicho plazo no podrá ser inferior a cinco días hábiles a partir de que se entregó la última invitación. V. A las demás disposiciones de esta ley que resulten aplicables a la licitación pública. [...]. (p. 31).

El procedimiento antes expuesto inicia con la entrega de la última invitación, publicada en el Sistema Electrónico de Compras y en el sitio web oficial del ente público, de acuerdo con el artículo 47 de la LAACSCH (2019).

Además, se debe llevar a cabo un acto de presentación y apertura de propuestas, donde los licitantes que previamente atendieron la invitación podrán presentar las propuestas elaboradas. Esta etapa es importante, ya que de no presentarse mínimamente tres propuestas por parte de las personas físicas o morales invitadas, el procedimiento en estudio se declararía desierto y se tendría que emplear la licitación pública.

Cabe mencionar que el primer párrafo del artículo 47 de la LAACSCH (2019) refiere que el procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores, “[...] concluye con la emisión del fallo o, en su caso, con la cancelación del procedimiento” (p. 17).

Asimismo, el artículo 76 del RLAACSCH (2019) establece, en su primer párrafo, que “en todo lo no previsto para los procedimientos de invitación a cuando menos tres proveedores, le serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones que prevé este Reglamento para la licitación pública” (p. 50).

Por lo expuesto, a continuación se procede a emitir un análisis en relación con los principios constitucionales del artículo 134:

1ª En la eficiencia, partiendo de una planeación de procedimientos excepcionales que contempla la calendarización de acciones y recursos, este método si cumple con ello, pues se confirma con lo dispuesto en las disposiciones previas al procedimiento excepcional, indicadas en el subtema que antecede.

En seguimiento a la eficiencia y evaluando desde un procedimiento claro y expedito, se obtiene que, en cuanto a claridad, el RLAACSCH prevé que lo no regulado para la invitación a tres proveedores sigue las normas de la licitación pública, esto marca la pauta para que el procedimiento sea comprensible, toda vez que no exista escasez en las normas que así lo regulan.

En cuanto a un procedimiento expedito, este método es idóneo, ya que se ven expuestas cualidades que así lo caracterizan, siempre que se presenten la totalidad de proposiciones, es decir, tres ofertas técnicas y económicas. En este sentido, la LAACSCH en su artículo 77 observa ciertos pasos que permiten el ahorro de tiempo, tales como:

El no publicar en el Periódico Oficial del Estado de Chihuahua una convocatoria (caso de licitación pública). Por el contrario, únicamente se difunde la invitación a través de medios electrónicos, debiendo realizarse el mismo día en que se entrega la última invitación.

2ª Por lo que toca a la eficacia, la LAACSCH y su reglamento sí indican pasos a seguir para lograr la adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios, en la definición de estar en capacidad de lograr el fin, siempre que se presente la totalidad de proposiciones requeridas, estando el ente público en aptitud de evaluar y elegir la que sea solvente.

Como se ha mencionado, este procedimiento implica la presentación de cuando menos tres propuestas, tal y como lo esta-

blece el artículo 77 de la LAACSCH, por lo cual, el no presentarse la totalidad exigida de proposiciones ocasiona que dicho procedimiento se declare desierto, y en este caso se debe sujetar estrictamente al inicio de licitación pública. Esta regulación de propuestas evidencia que tanto el principio de eficiencia como el de eficacia no se cumplen, toda vez que, del primero, no vuelve expedita la contratación, y del segundo, no es apto y capaz para contratar, debido a que regresa a la regla general, no logrando el fin que fue planeado.

3ª El principio de economía se observa enteramente en este procedimiento. En primer lugar, la administración prudente y recta de los recursos públicos se clarifica desde la planeación de las adquisiciones y la obtención de una suficiencia presupuestal, de conformidad con lo señalado en las disposiciones previas al procedimiento excepcional, al determinar que no se formalizarán contratos sin partida presupuestal, así como, la suma del uso de la vía excepcional no excederá del veinte por ciento del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios.

En segundo lugar, la LAACSCH y su reglamento, al contemplar la realización de un estudio de mercado, permite la búsqueda del proveedor que ofrezca el precio conveniente para el mejor empleo del recurso público.

4ª En cuanto al principio de imparcialidad, es relevante mencionar que el artículo 40 de la LAACSCH denomina este procedimiento como "licitación en su modalidad de invitación a cuando menos tres proveedores", esto podría dar pauta a considerarlo como un concurso público, cuando realmente no existe una convocatoria para tal efecto, por lo cual no se permite la libre concurrencia de participantes. Pues aun y cuando la LAACSCH indica que sean "cuando menos tres proveedores", el hecho de no existir una participación pública muestra indudablemente un designio anticipado (hacia los proveedores posiblemente más convenientes, esto a juicio del área requirente o del comité correspondiente),

pues limita que otros posibles ofertantes puedan presentar sus propuestas.

Esto resulta peor si se motiva la selección de esta vía para adquirir bienes, arrendamientos o contratar servicios mediante el rango de montos que permite la LAACSCCH y no por causal que motive la urgencia, en este supuesto, se da paso al uso de la discrecionalidad. Por lo cual, si no se realiza un estudio exhaustivo de posibles proveedores que ofrezcan el bien y/o servicio requerido, se estaría limitando la participación.

5ª Por lo que se refiere al principio de honradez, el artículo 39 de la LAACSCCH (2019) consagra el uso de instrumentos y mecanismos para el conocimiento al público del procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores, al indicar que se utilizará el Sistema Electrónico de Compras.

Además, es de interés marcar que el párrafo primero del artículo 78 del RLAACSCCH (2019) establece la obligación de enviar a la Secretaría de Hacienda del Estado de Chihuahua un informe que consista en la comprobación de egresos y la demostración del uso de la vía excepcional, ejerciendo para ello el Sistema Electrónico de Compras.

A continuación, se presenta una tabla evaluativa de lo anteriormente analizado:

Principio constitucional [1]	Características principales	Evaluación del procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores que contempla la LAACSCH y su reglamento 2019	Producto final
Eficiencia	Planeación, calendarización para cumplir la meta	Sí cumple	Sí cumple
	Procedimiento claro (no escasez de normas)	Sí cumple	Sí cumple
	Procedimiento expedito (ahorro de tiempo, rapidez)	Sí cumple, siempre que se presenten las tres proposiciones.	No cumple
Eficacia	Apto y capaz	Sí cumple, siempre que se presenten las tres proposiciones.	No cumple
Economía	Administración recta y prudente de recursos públicos (suficiencia presupuestal, planificación de egresos)	Sí cumple	Sí cumple
	Obtención del precio conveniente	Sí cumple	Sí cumple
Imparcialidad	-No limitación de participantes (no favoritismo) -No discrecionalidad	No cumple	No cumple
Honradez	Instrumentos y mecanismos para transparentar información	Sí cumple	Sí cumple
	Demostrar uso de excepción y comprobación de gastos	Sí cumple	Sí cumple

[1] Evaluado como mandato de optimización, regla: cumple o no cumple, no hay cumplimientos parciales.

5.3. Principios constitucionales en el procedimiento de adjudicación directa

Al igual que en la invitación a cuando menos tres proveedores, este procedimiento da lugar cuando ya se ha aprobado su realización por el Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios.¹³ Es interesante hacer mención que la LAACSCH y su reglamento no prevén expresamente las etapas que deben integrar este procedimiento excepcional, pues son los sujetos, que consagra el artículo primero de la ley, quienes deben emitir sus propios manuales de procedimientos. Precisamente, hay quien expresa que este procedimiento carece de ley que lo regule. Al respecto, los siguientes autores citan que “existe insuficiencia normativa sobre este tipo de contratación, el cual se rige por la discrecionalidad de la autoridad y la normatividad maleable que se ajusta a los criterios de cada dependencia para determinar sus Políticas, Bases y Lineamientos” (Moreno & Cancino, 2018: 60).

Asimismo, la CUAED de la UNAM señala que “las etapas de la adjudicación directa no están descritas en la LAASSP,¹⁴ razón por la cual se considera un procedimiento de contratación no reglado” (2017). Por las citas anteriores, así como del análisis y práctica en esta materia, se puede observar que en la LAACSCH y su reglamento no hay un apartado dedicado específicamente a regular de la forma más concentrada el procedimiento de adjudicación directa.

Cabe mencionar lo que expone la UNODC (2013) respecto al procedimiento en comento:

En este caso no existe convocatoria pública, invitación de participación a determinados proveedores o pujas. El Estado contrata directamente con una persona elegida, posiblemente de entre una lista de proveedores, lo que lo hace sumamente discrecional. Él determina las condiciones y quien pueda cumplirlas, eligiendo con base en experiencia, calidad y precio. En ningún caso se garantiza el mejor precio, pero sí ofrece un proceso ágil; por esta razón pre-

13 Ya se cuenta con investigación de mercado y suficiencia presupuestal.

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

senta inconvenientes agudos que están sujetos a la subjetividad del comprador (p. 63).

En este procedimiento, la LAACSCH permite sin más regulación que la aprobación del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios —previo escrito, estudio de mercado y suficiencia presupuestal que someta el área requirente para el dictamen de procedencia— la libre elección del proveedor, al establecer en el artículo 72 que, “[...] tratándose de adjudicaciones directas, deberá indicarse el nombre y datos generales de la persona a quien se propone realizarla [...]” (p. 28). En este sentido, no hay más filtros para la adquisición de bienes, arrendamientos o contratación de servicios.

A continuación se procede a emitir un análisis en relación con los principios constitucionales del artículo 134, siendo:

1ª En cuanto a la eficiencia, sí existe una planeación para usar este procedimiento, pues se consagra en LAACSCH la permisión de una calendarización de acciones y recursos para estas operaciones. Esto de conformidad con lo analizado en el subtema de disposiciones previas al procedimiento excepcional.

Asimismo, la adjudicación directa es un procedimiento que permite adquirir de una forma expedita. Sin embargo, la claridad es un aspecto del que se carece en la LAACSCH, ya que únicamente se establece la forma de proceder a la adjudicación, mediante la regla del monto o causal, pero no con pasos declarados que ilustren las etapas.

2ª Lo mismo sucede con la eficacia, ya que no es la LAACSCH, por sí misma, capaz de pronunciar de manera sistemática los pasos a seguir, pues se tiene que recurrir a manuales internos con base en la ley que desarrolle el ente público, situación que produce discrecionalidad, pues precisamente el contenido de dichos lineamientos o políticas hace que las situaciones contractuales se ajusten al criterio que se desea expresar.

3ª En cuanto al principio de economía, se cumple con la parte de una administración prudente y recta de los recursos públicos, al acceder a la emisión de una suficiencia presupuestal y al no exceder del veinte por ciento del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios. Sin embargo, en la obtención del precio que resulte conveniente, a pesar del empleo de una investigación de mercado, se presenta la subjetividad en mostrar el precio adecuado para el área requirente y no para el Estado, toda vez que no hay una participación de ofertantes, no se garantiza el mejor precio.

4ª Respecto a la imparcialidad, este principio es totalmente vulnerado. Aunque la LAACSCH prevé que se lleven a cabo tres cotizaciones, se muestra la discrecionalidad por parte del comprador, teniendo como posibles resultados el favoritismo, ya que no hay más filtros para regular la elección, no se aseguran las mismas condiciones de participación y se limita el involucramiento de otros proveedores.

De manera complementaria a este procedimiento, el RLAACSCH (2019) contempla la posibilidad de realizar adjudicaciones sin la emisión formal de un contrato que indique las obligaciones de las partes contratantes, tal como lo consagra el artículo 81:

Las dependencias de la Administración Pública Centralizada Estatal deberán formalizar las adquisiciones, arrendamientos y servicios en contrataciones iguales o superiores a ciento treinta veces el valor mensual de la unidad de medida y actualización a través de contratos [...]

No se formalizarán contratos que contengan menos requisitos que los previstos en el párrafo anterior, así como en la Ley y este Reglamento. [...] (p. 53) (Énfasis añadido).

Por la posibilidad de no realizar un contrato, queda evidenciada la agilidad o rapidez para adquirir un bien y/o servicio, siempre que el costo sea menor a ciento treinta veces el valor mensual de

la UMA,¹⁵ sin embargo, aun y cuando esta forma sea expedita, muestra sin lugar a dudas, la carencia de imparcialidad, pues el mismo RLAACSCH (2019) en su artículo 86, indica:

Por lo que toca a la contratación de servicios y adquisición de bienes cuyo importe no implique la formalización de un contrato en términos del artículo 81 del presente Reglamento, en caso de solicitarlo el área requirente, podrá realizarse contrato en cuyo caso se deberán fijar garantías [...] (p. 55) (Énfasis añadido).

En este orden de ideas, no puede dejarse al arbitrio del área requirente decidir con tan solo la regla del monto cuándo se realizará contrato o no, pues esto da pauta a prácticas desleales y favoritismos. Estas faltas se hacen mayormente visibles cuando la ley de la materia no señala en qué casos —situaciones de hecho y monetarias en su conjunto— no procede la emisión de un contrato formal, pues ante este escenario la LAACSCH no menciona más filtros o regulaciones que den seguridad jurídica al Estado.

5ª En el principio de honradez, al igual que en la invitación a cuando menos tres proveedores, la LAACSCH (2019) sí prevé que las adquisiciones sean publicadas en el Sistema Electrónico de Compras. Al respecto, el artículo 39 del referido ordenamiento establece que se publicarán en el sistema antes descrito los datos históricos de la adjudicación directa. Asimismo, el artículo 78 del RLAACSCH (2019) menciona la obligación de enviar a la Secretaría de Hacienda del Estado de Chihuahua un informe que consista en la comprobación de egresos y la demostración del uso de la vía excepcional.

Finalmente, se presenta una tabla evaluativa de lo anteriormente analizado:

15 Unidad de Medida y Actualización vigente, la cual se da a conocer a través del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Principio constitucional [1]	Características principales	Evaluación del procedimiento de adjudicación directa que contempla la LAACSCH y su reglamento 2019	Producto final
Eficiencia	Planeación, calendarización para cumplir la meta	Sí cumple	No cumple
	Procedimiento claro (no escasez de normas)	No cumple	
	Procedimiento expedito (ahorro de tiempo, rapidez)	Sí cumple	
Eficacia	Apto y capaz	No cumple	No cumple
Economía	Administración recta y prudente de recursos públicos (suficiencia presupuestal, planificación de egresos)	Sí cumple	No cumple
	Obtención del precio conveniente	No cumple	
Imparcialidad	-No limitación de participantes (no favoritismo) -No discrecionalidad	No cumple	No cumple
Honradez	Instrumentos y mecanismos para transparentar información	Sí cumple	Sí cumple
	Demostrar uso de excepción y comprobación de gastos	Sí cumple	

[1] Evaluado como mandato de optimización, regla: cumple o no cumple, no hay cumplimientos parciales.

6. IMPLICACIONES ANTE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Una vez llevado a cabo el análisis de los principios constitucionales en la normatividad estatal que regula los procedimientos excepcionales de contratación, y toda vez que se ha explicado la importancia de este tipo de principios, es dable advertir que el no cumplimiento de dichos elementos tiene como consecuencia compras basadas en la escasez de certeza jurídica, distorsión de calidad, subjetividad de precios, discrecionalidad y posible corrupción en el sistema de contratación gubernamental.

El Estado asume un papel relevante, pues el abastecimiento de bienes y/o servicios para llevar a cabo sus actividades diarias se rige por la actividad contractual, de ello la necesidad de que la legislación en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, cumpla en la mayor medida posible con los principios de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez, pues las lagunas en dichos ordenamientos produce la falta de probidad, sobre todo al tratarse de usos alternos a licitación pública.

Resulta interesante mencionar que a falta de elementos en la LAACSCCH y su reglamento que permitan mejorar los procedimientos de contratación pública, y con ello otorgar un amplio cumplimiento a lo normado en el artículo 134 constitucional, se tiene como consecuencia la revisión y observación en la ejecución de los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores por parte de la SFP, o bien, del Órgano Interno de Control correspondiente a cada entidad. Al respecto, la autoridad informa que “se dio seguimiento puntual a 324 procedimientos de licitación pública, invitación a tres proveedores o contratistas y adjudicaciones directas, de los cuales 129 fueron motivo de observación o recomendación” (Gobierno del Estado de Chihuahua, 2016).

De la estadística otorgada por parte de la SFP, resulta que de un 100% de procedimientos sujetos a revisión, el 39.81%¹⁶ fue

16 Porcentaje obtenido con base en la operación aritmética denominada como “regla de tres”: 324 es a 100% y 129 corresponde a 39.81%.

observado. Estos datos reflejan un alto contenido de procedimientos sancionados, que si bien la autoridad está facultada para ello, el producto de este porcentaje radica en el no cumplimiento de principios constitucionales en la legislación, en cuanto a materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios se refiere, pues no es representativo del actuar del servidor público, sino de la normatividad que regula la acción.

Como bien se conoce, México forma parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que se encarga de emitir recomendaciones en materia de contratación pública, mismas que en nuestro país, y en específico, el estado de Chihuahua, a través de sus normas, debe tomarlas en consideración; uno de los señalamientos que dicha organización ha comentado, a través del Secretario General Ángel Gurría, es el siguiente:

Estas contrataciones realizadas entre entidades públicas han sido en ocasiones objeto de abuso, por lo que un mayor nivel de transparencia ayudaría a asegurar que se dé prioridad a los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez (Gurría, 2019). (Énfasis añadido).

Es oportuno referir que ante los datos de observación en los procedimientos, y ante la necesidad de evitar acciones de abuso en las contrataciones de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores, debe ser implementado en la normatividad estatal un sistema que administre la gestión de riesgos y la participación de dichos procedimientos de manera estratégica, que contengan normas de conducta estrictas y no burocráticas, pues la falta de principios queda evidenciada no solo por el resultado de la evaluación analítica antes referida, sino por el contenido que la propia norma expresa, y que en la practicidad actual ha sido confirmada.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El mandato constitucional federal contenido en el artículo 134, otorga la facultad al estado de Chihuahua para crear procedimientos excepcionales a la licitación pública en materia de adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios, siempre que se cumplan y acrediten los principios de “eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez”, pues no cumplirlos totalmente ocasiona que no se aseguren las mejores condiciones para el Estado, produciendo, entre otras cosas, compras basadas en la escasez de certeza jurídica, distorsión de calidad, subjetividad de precios, discrecionalidad y posible corrupción en el sistema de contratación gubernamental.

Para tal efecto, la LAACSCH llevó a cabo una serie de reformas, exponiendo este motivo en la creación del RLAACSCH en el año 2019, para dar cumplimiento a dichos principios en los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores.

Sin embargo, como bien es sabido, los principios deben observarse en un sentido amplio, tal y como lo establece Robert Alexy, es decir, como mandatos de optimización, que no se dé lugar a cumplimientos parciales.

Una vez llevado a cabo el análisis exhaustivo primeramente de cada uno de los principios, considerando las citas expuestas, se pudo obtener una visión alta de las líneas que integran cada uno de los conceptos.

De modo que, considerando los principios como mandatos de optimización, los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores conforme a la LAACSCH, las exposiciones de órganos técnicos, así como autores en la materia, se realizó un esquema evaluativo que observa siempre el sentido amplio de la eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez en los procedimientos alternos a la licitación pública, en el supuesto de que no existen incumplimientos parciales, al utilizar la regla denominada “cumple o no cumple”.

Dicho análisis evaluativo tuvo como resultado que la LAACSCH y su respectivo reglamento, en cuanto a procedimientos excepcionales se refiere, no cumplen con la totalidad de los principios a que hace referencia el artículo 134 de la constitución federal. Por ello, se encuentran vulnerables al no existir el aseguramiento de las mejores condiciones en cuanto a precio y calidad para nuestro estado, así como expuestos a un sistema de riesgos que dan pauta a la discrecionalidad y posible corrupción. Lo anterior, no por el actuar del servidor público, sino por el contenido de la propia norma.

Entonces, es posible presentar a manera de resumen los principios constitucionales que la LAACSCH no cumple, esto con la finalidad de poder emitir posteriormente una serie de recomendaciones, tomando como base lo señalado por la Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) —en materia de contratación pública— que muestren una posible solución al problema de investigación planteado, mismo que radica en el no cumplimiento de los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez en los procedimientos de adjudicación directa e invitación a cuando menos tres proveedores por parte de la LAACSCH, ello a pesar de la reforma llevada a cabo en el año 2019:

A) En cuanto al procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores:

No se cumple con el principio de imparcialidad: se da lugar a la limitación de la participación de los proveedores, pues aun cuando la LAACSCH denomina este procedimiento como “licitación en su modalidad de invitación a cuando menos tres proveedores”, no existe una convocatoria pública que permita la libre concurrencia de participantes, sino que se muestra un designio anticipado del área requirente y/o del comité respectivo, en mostrar los mejores proveedores que a su consideración cumplan estrictamente con lo solicitado.

No se cumple con el principio de eficiencia: aunque este procedimiento sí cumple con algunas líneas de la eficiencia, el producto

final de este es el no cumplimiento del principio en su totalidad, pues el sentido de este último es observarse sin aislamientos y en un aspecto amplio. Aunque aparentemente pueda visualizarse como un procedimiento expedito, el hecho de no presentarse tres proposiciones técnicas y económicas por parte de los proveedores previamente invitados, ocasiona que la contratación se declare desierta, remitiéndose a las reglas de contratación mediante licitación pública, implicando mayor tiempo para contratar.

No se cumple con el principio de eficacia: en el sentido del principio que antecede, el no presentarse como mínimo tres propuestas susceptibles de analizarse técnicamente, ocasiona un procedimiento desierto y por ende no apto y capaz de cumplir el objetivo para el cual fue destinado.

B) En cuanto al procedimiento de adjudicación directa:

No se cumple con el principio de economía: en este caso, aunque sí se obtiene una suficiencia presupuestal y una planificación de egresos, al no efectuarse una participación de ofertantes, no se cumple con un abanico de posibilidades que permita la obtención del precio más conveniente.

No se cumple con el principio de eficiencia: si bien es cierto que este procedimiento es expedito, y existe en la normatividad una planeación y calendarización, no se contempla claridad en las normas, sino escasez de las mismas, produciendo de esta forma la imposibilidad para acreditar este principio; esto desde el aspecto riguroso de la regla evaluativa que no da lugar a cumplimientos parciales.

No se cumple con el principio de eficacia: no solo la normatividad manifiesta una escasez de normas que hace que el procedimiento no sea apto y capaz, sino que se tiene que recurrir a manuales internos que elabore el ente público, considerándose como un procedimiento no reglado.

No se cumple con el principio de imparcialidad: dado que no se aseguran las mismas condiciones de participación, se limita el involucramiento de posibles proveedores, pues el área requirente solicita tres cotizaciones que a su consideración sean las más convenientes. Esto aunado al hecho en el que el RLAACSCH es-

tablece la posibilidad de llevar a cabo un contrato o no, tratándose de adjudicaciones menores a ciento treinta veces el valor mensual de la UMA, que si bien este podría ser otro tipo de adjudicación, no puede dejarse al arbitrio del área requirente decidir cuándo formalizar un contrato y cuándo no, pues debe ser la propia normatividad la que señale, además del monto, las causales de hecho que den seguridad jurídica al Estado.

En este sentido, es relevante considerar las siguientes recomendaciones:

A) Recomendación: eficiencia y eficacia

Por lo que hace a la eficacia la OCDE señala que, “un sistema de contratación pública eficaz [...] ofrece una buena relación calidad-precio de manera justa, abierta, competitiva y transparente, y se mide y evalúa periódicamente para su mejora” (OCDE, 2015: 17).

Asimismo, en cuanto a la eficiencia, se señala la necesidad de “crear, y utilizar, instrumentos que mejoren los procedimientos de contratación pública, reduzcan las duplicidades [...]” (OCDE: 10).

Por lo que toca a la invitación a cuando menos tres proveedores, la normatividad estatal debería atender a no regresarse al procedimiento de licitación pública, cuando no se presenten como mínimo tres propuestas para ser evaluadas, sino poder continuar con el procedimiento bajo esta modalidad, pues de ello surge la necesidad de evaluar esta mejora.

Referente a la adjudicación directa, el hecho de visualizar que no se tienen normas que describan expresamente los pasos a seguir en este tipo de procedimientos, se sugiere que se incorpore un apartado en la ley que indique aquellos elementos secuenciales y trascendentes que el ente público consigna en sus propios manuales.

Asimismo, enfocarse en aquellas situaciones que den seguridad jurídica al Estado en sus compras, tal es el caso de la necesidad estricta de anexar al dictamen de excepción el padrón de proveedores. En cuanto al procedimiento eficiente, no será necesario, en el supuesto de declararse desierta por segunda ocasión una licitación pública (artículo 73 fracción VI, de LAACSCH), para acudir a la adjudicación directa, someter de nueva cuenta el objeto

de contratación al Comité de Adquisiciones, como actualmente lo señala el artículo 29 fracción IV de LAACSCH, pues es de saberse que este objeto ya se había sometido bajo dicha licitación, que baste entonces —si permanecen los mismos requisitos— en los antecedentes del contrato respectivo y/o en el expediente mismo, esto en el sentido de evitar duplicidades.

B) Recomendación: economía

En cuanto a la adjudicación directa, no se obtendría el precio conveniente si las cotizaciones son solicitadas por el área requirente, pues aun cuando no hay una participación de ofertantes, se debe hacer lo posible por garantizar el recurso que el Estado eroga. Para tal caso, la OCDE en su estudio de contratación pública con el Gobierno del Estado de México, indica que:

La investigación de mercado es independiente de las áreas requirentes, es decir, quien lleva a cabo esta investigación es una unidad especializada de la DGRM.¹⁷ Ello permite una mejor comprensión de los esquemas de precios en los mercados local y extranjero. [...] (OCDE, 2015: 148).

Se sugiere establecer en la normatividad estatal que las investigaciones de mercado queden a cargo de un área especializada, pues basta con que el área requirente dé a conocer la solicitud técnica para que la unidad especializada realice todo tipo de búsqueda, incluyendo el padrón de proveedores.

C) Recomendación: imparcialidad

Este principio es vulnerado tanto por la adjudicación directa como por la invitación a cuando menos tres proveedores; de este último la normatividad debería renombrarlo, toda vez que no hay un concurso de participantes como para que la LAACSCH en su artículo 40, fracción primera, lo titule “licitación en su modalidad de invitación a cuando menos tres proveedores”.

¹⁷ Dirección General de Recursos Materiales.

En cuanto a la adjudicación directa, se sugiere tomar la recomendación de que el área requirente no sea quien efectúe la investigación de mercado, sino una unidad o área especializada para ello. Además de que la normatividad estatal consagre los supuestos de hecho para no formalizar contrato, fundamentándolo con el monto ya estipulado.

En ambos casos se sugiere lo que la OCDE en uno de sus estudios respecto a contrataciones públicas en Nuevo León, llevó a cabo:

Los Comités de Adquisiciones en Nuevo León tienen un número impar de participantes, con lo que se reducen las probabilidades de estancamiento en el proceso de toma de decisiones. Adicionalmente, es de destacar que no se permite a las áreas requirentes votar en los Comités, y solamente pueden dar voz a sus opiniones. Esto hace a los Comités más independientes de las áreas requirentes al considerar el tipo ideal (pro-competencia) del diseño de contratación. (OCDE, 2015: 129) (Énfasis añadido).

Por lo anterior, una de las soluciones al problema del no cumplimiento al principio de la imparcialidad recae en adoptar en nuestro sistema contractual, el que las áreas requirentes no tengan voto respecto de sus asuntos, logrando con ello una independencia respecto de los proveedores, en la aprobación.

Por otra parte, es preciso comentar, por lo expuesto en el desarrollo del presente escrito, la necesidad de que la LAACSCH agregue en su artículo tercero la conceptualización de cada uno de los principios, contemplándolos como mandatos de optimización, es decir, en un sentido amplio; además de efectuar un cambio en el artículo 72 de la misma ley, empleando el vocablo “principios” y no “criterios”, pues sus implicaciones ya se han explicado.

Finalmente, es pertinente referir que, si bien existe un pacto federal, este no contiene el respeto o acatamiento por parte de las entidades federativas para la elaboración de la normatividad que permita articular mecanismos de contratación pública excepcional, que logren la efectividad de los principios constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, España: Gedisa S.A.
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión (2019). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. Chihuahua, G. d. (2016). Transparencia y Participación Ciudadana, Ejes Destacables de la Administración 2016-2021. Obtenido de: <http://chihuahua.gob.mx/contenidos/transparencia-y-participacion-ciudadana-ejes-destacables-de-la-administracion-2016-2021>
- Coordinación de Universidad Abierta y Educación a Distancia de la UNAM, CUAED (2017). Contrataciones de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Obtenido de: https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/1133/mod_resource/content/2/contenido/index.html
- Dueñas, Ó. R. (2009). Lecciones de hermenéutica jurídica. Obtenido de <https://books.google.com.mx/books?id=isnqavcbOI8C&pg=PA57&dq=criterio+juicio+discernimiento&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjUm9asjZPIAhV1JzQIHfSSAmsO6AEILjAB#v=onepage&q=criterio%20juicio%20discernimiento&f=false>
- Económico, O. p. (s.f.). Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública. Recuperado en septiembre de 2020 de <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>
- Gurría, Á. (2019). Organisation for Economic Co-operation and Development. Obtenido de <https://www.oecd.org/mexico/estudios-de-la-ocde-sobre-integridad-en-mexico.htm>
- Honorable Congreso del Estado de Chihuahua (2019). Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua. Estado de Chihuahua: Periódico Oficial del Estado de Chihuahua.
- . (2019). Acuerdo No. 107/2019 Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Chihuahua. Estado de Chihuahua: Periódico Oficial del Estado de Chihuahua.

- Moreno Molina, J. (Junio de 2015). Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. Obtenido de file:///C:/Users/Dell/Downloads/14387-Texto%20del%20art%C3%ADculo-57244-1-10-20151124.pdf
- Moreno Molina, J. A., & Cancino Gómez, R. (s.f.). La Contratación Pública Internacional - Unión Europea - México. Recuperado el 2020, de: <https://books.google.com.mx/books?id=eWFRDwAAQBAJ&pg=PA60&dq=moreno+molina+y+cancino+gomez+existe+insuficiencia+normativa+sobre+este+tipo+de+contratacion+el+cual+se+rige+por+la+discrecionalidad+de+la+autoridad+y+la+normatividad&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEw>
- OCDE. (2015). Informe de Prácticas en la Contratación Pública Local en Cinco Entidades Mexicanas. Recuperado el septiembre de 2020, de <https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Review%20of%20Practices%20of%20Local%20Public%20Procurement%20in%20Five%20Mexican%20States%20-SP.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2013). Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas. Obtenido de: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Transparencia_Publicas.pdf
- Primera Sala. (2012). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Obtenido de Semanario Judicial de la Federación: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?EpoCa=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=CXLII&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=37&Epp=20&Desde=-100&Hasta=100&Index=0&Instancia.

Primera Sala. (agosto de 2015). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Obtenido de: Semanario Judicial de la Federación: [https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=CCXXXVIII&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=10&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009728&Hit=4&IDs=2018724,2015738,2012811,2009728,2006732,2004346,2004117,2001923,160637,170985&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=.](https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=CCXXXVIII&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=10&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009728&Hit=4&IDs=2018724,2015738,2012811,2009728,2006732,2004346,2004117,2001923,160637,170985&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

Santofimio, J. O. (1994). *Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez*. Obtenido de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/979/12.pdf>

Secretaría de la Función Pública (septiembre de 2015). *Taller sobre evaluación del precio y la calidad en las adquisiciones (Best Value for Money)*. Obtenido de: El enfoque del mejor valor por el dinero en México: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/186612/El_enfoque_del_mejor_valor_por_el_dinero_en_Mexico.pdf.

Secretaría de la Función Pública en el Estado de Chihuahua. (2019). *Contrataciones Públicas*. Chihuahua, Chihuahua.