

LA NUEVA INSTANCIA DE INCONFORMIDAD EN MATERIA DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS, SERVICIOS Y OBRAS PÚBLICAS

CÉSAR A. CHÁVEZ FLORES*

I. Introducción

Con las reformas a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (en adelante LAASSP), así como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 2009, así como con la expedición de sus nuevos reglamentos (DOF 28 de julio de 2010) se revolucionó el sistema de solución de controversias en materia de contrataciones públicas.

Entre otras cuestiones relevantes, tales como la posibilidad de aplicar figuras como el arbitraje y otros mecanismos alternos de solución de controversias (*dispute boards, peritajes, etc.*) se hizo una reconfiguración completa de la instancia de inconformidad como medio de impugnación de los actos licitatorios, cuya nueva regulación legal se aparta de las características propias de los recursos administrativos, y se aproxima en buena medida a un auténtico juicio contencioso administrativo especializado.

En el presente trabajo se expondrán las razones por las cuales se afirma que la inconformidad no es un recurso administrativo, tanto por su definición formal como por las notas que caracterizan su funcionamiento, y se explicará como esta instancia se parece ahora más a un medio de solución de controversias de verdadera naturaleza jurisdiccional, lo cual nos autoriza a pensar que puede ser la semilla para la posterior creación

* Abogado por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Fue Director General de Inconformidades y Director General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas de la Secretaría de la Función Pública. Actualmente es Visitador General de la Procuraduría General de la República.

en nuestro país de un Tribunal de Contrataciones Públicas, tal como los que existen en gran parte de las naciones con las cuales México tiene relaciones comerciales.

II. Descripción general de los recursos administrativos

A. Estado de derecho y controles de legalidad

La existencia de los recursos administrativos se enmarca necesariamente en el contexto del Estado de Derecho y del principio de legalidad que en él rige a la actuación administrativa. Al respecto, Burgoa dice que:

En un sistema democrático, todos los órganos del Estado deben actuar conforme al derecho fundamental —Constitución— o secundario —legislación ordinaria—, es decir, dentro de la órbita competencial que les asigna y según sus disposiciones. Ningún acto del poder público es válido si no se ajusta a las prescripciones jurídicas que lo prevén y lo rigen. La actuación de los órganos estatales fuera del derecho o contra el derecho es inválida en la democracia e incompatible con ella. Por esta razón, como dice Mirkine-Guetzévich, el sistema democrático es necesariamente un sistema jurídico.¹

Por su lado, Gabino Fraga clasifica el derecho a la legalidad como una categoría dentro de los derechos de orden administrativo de que gozan los particulares. Al efecto, afirma que:

...los administrados tienen el poder de exigir a la Administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto, y que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijan las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen. Es decir, el derecho a la legalidad se descompone en una serie de derechos, como son el derecho a la competencia, el derecho a la forma, el derecho al motivo, el derecho al objeto, y el derecho al fin prescrito por la ley.²

Así, en los Estados democráticos de derecho se hace necesaria la existencia de mecanismos que controlen la subordinación de las autoridades públicas a las normas jurídicas. Estos mecanismos generalmente se han dividido para su estudio en medios de control externo y medios de control interno.

¹ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 577.

² *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1993, p. 434.

En este sentido, Arturo Iturbe Rivas, explicando a Merkl, nos describe que:

...hay dos grandes medios de control de la administración pública: los immanentes a la administración y los que tienen lugar fuera de ella. Los primeros están representados por los *recursos administrativos* o vías gubernativas y presuponen, afirma, “una fiscalización de la fiscalización”. Mientras que clasifica a los medios ajenos a la administración en tres especies: fiscalización política, financiera y judicial (subdividida a su vez, en subjetiva y objetiva). La de carácter político es competencia del órgano parlamentario; la financiera examina la juridicidad de la cuenta pública; la judicial subjetiva conoce de la responsabilidad de las autoridades; y la judicial objetiva, a la que considera el medio más propio de fiscalización, se encarga de analizar los actos administrativos y se le conoce como justicia administrativa.³

Con la misma lógica, Jorge Fernández Ruiz,⁴ al analizar el Control y la Vigilancia de la Administración Pública del Distrito Federal, ubica como instrumentos de control externo: 1. Los jurisdiccionales (controversias constitucionales, amparo y contencioso administrativo); 2. Control por medio de la Asamblea Legislativa del DF; 3. Control por medio de la Contaduría Mayor de Hacienda, y; 4. Por medio del *ombudsman*. Por otro lado, explica el control interno: 1. Por medio del recurso administrativo; 2. Por medio de la Secretaría de Finanzas, y; 3. Por medio de la Contraloría General del Distrito Federal.

B. Características generales de los recursos administrativos

Para los efectos pretendidos en este trabajo, analizaremos algunos aspectos característicos de los recursos administrativos, sobre todo aquellos que más tarde deban tenerse presente para su contraste con la instancia de inconformidad en materia de contrataciones públicas federales.

1. Medio de autocontrol jurídico de la administración

De lo arriba expuesto, podemos concluir como primer nota para la definición de los recursos administrativos, que éstos son medios de control de la legalidad de los actos administrativos.

Así es, ya que hemos dicho que la Administración Pública cuenta con diversos mecanismos que controlan su actuación, tanto externos como internos, y dentro de éstos encontramos a los recursos administrativos, cuya

³ *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004, p. 52.

⁴ *Derecho Administrativo del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2009.

finalidad se orienta a restablecer el orden jurídico cuando es quebrantado por un órgano del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, decimos que es un medio de control jurídico interno o de autocontrol, toda vez que es la propia administración quien analiza y resuelve este tipo de instancias impugnativas, en contraste con otros instrumentos tales como el control contencioso administrativo o el judicial.

De esta suerte, Jorge Fernández Ruíz enseña que:

La instauración del recurso administrativo permite que los errores y excesos de la administración pública, en perjuicio de los particulares, sean corregidos por ella misma, sin la intervención de otros órganos del poder público, lo que permite explicarlo como un mecanismo de autocontrol...⁵

En la misma línea, Gonzalo Armienta Hernández establece que:

...el recurso administrativo tiene como finalidad fundamental, corregir los actos de la autoridad administrativa que el particular considera contrarios a derecho; consecuentemente, la impugnación se dirige a obtener una ulterior revisión, con el objeto de que el mismo órgano emisor u otro de superior jerarquía los anule o los reforme, si se encuentra comprobada la ilegalidad o la inoperancia de los mismos.⁶

Alfonso Nava Negrete y Enrique Quiroz Acosta definen los Recursos Administrativos como:

...los procedimientos de impugnación de los actos administrativos, a fin de que los administrados defiendan sus derechos o intereses jurídicos ante la administración, generadora de los actos impugnados.⁷

Así mismo, Fraga establece que son un:

...medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado para obtener en los términos legales, de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad y la inoportunidad del mismo.⁸

En términos similares, Emilio Margáin Manautou, propone como definición de recurso administrativo:

⁵ *Op. cit.*, p. 327.

⁶ *Tratado Teórico Práctico de los Recursos Administrativos*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 57.

⁷ *Diccionario de Derecho Administrativo*, coordinador: Jorge Fernández Ruíz, México, Porrúa, 2003, p. 225.

⁸ *Op. cit.*, p. 435.

... medio de defensa que el legislador o el Ejecutivo ha puesto a disposición de los particulares para impugnar, ante la misma administración pública, los actos o resoluciones que estima se apartan del derecho.⁹

2. Autoridad que conoce y resuelve el medio impugnativo

Tanto las definiciones doctrinales como la legislación nacional nos permiten afirmar que es común denominador de los recursos administrativos el que su trámite y resolución puede encomendarse a la propia autoridad emisora del acto, a otra de similar naturaleza dentro de la propia dependencia o entidad, o bien, a su superior jerárquico.

Por ejemplo, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos prevé en su artículo 25 la existencia del recurso de revocación como medio para impugnar las resoluciones administrativas por las cuales se impongan las sanciones que esa ley establece.

Por su parte, el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública atribuye la facultad de instruir y resolver dichos recursos a:

- a) La Unidad de Asuntos Jurídicos, respecto de las resoluciones que emita la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial (Art. 12 frac. VIII en relación con el 51 frac. III)
- b) A los titulares de los órganos internos de control, respecto de las resoluciones que ellos mismos dicten o respecto de las que emitan los titulares de las áreas de responsabilidades (Art. 79, fracs. I y IV, y 80, frac. I)
- c) A los propios titulares de las áreas de responsabilidades de los órganos internos de control, respecto de las resoluciones que ellos mismos dicten (Art. 80, fracs. I, numerales 1 y 3)

Como se ve, en el caso del recurso de revocación de marras, podemos advertir que, según cada caso, pueden conocer del mismo el propio órgano emisor de la resolución combatida, su superior jerárquico, o bien, otra unidad administrativa de similar naturaleza y jerarquía, pero siempre, en todos los casos citados, son órganos de autoridad de la misma dependencia de la cual emana el acto recurrido, en este caso, la Secretaría de la Función Pública.

Otro ejemplo en la misma materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, es el de la Procuraduría General de la Re-

⁹ *Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 345.

pública, en lo que refiere a su régimen especial previsto en la Ley Orgánica de esa institución.

En efecto, ya que en su artículo 67 prevé las sanciones que merecen quienes incurrir en las causas de responsabilidad previstas en el artículo 62 de la propia Ley Orgánica, siendo el caso que la amonestación y suspensión las impone el superior jerárquico del servidor público infractor (artículo 72); el arresto (para agentes de la Policía Federal Ministerial) lo impone el titular de la unidad administrativa a la cual esté adscrito el responsable (artículo 71); mientras que la imposición de la remoción corresponde a la Visitaduría General.

Ahora bien, respecto de las sanciones que se impongan en los términos del párrafo anterior, procede el recurso de rectificación ante el Consejo de Profesionalización.

Como se ve, este es un caso en el cual el recurso administrativo se ventila ante una autoridad distinta de la emisora del acto combatido, pero que tampoco es su superior jerárquico. Sin embargo, se destaca que, al igual que el ejemplo anterior, dicho órgano colegiado pertenece a la misma institución del Poder Ejecutivo Federal, en este caso, la PGR.

Por su parte, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, expresión del esfuerzo de unificación de la legislación procesal administrativa mexicana (con las excepciones que la propia ley prevé), norma en su Título Sexto al Recurso de Revisión, el cual se presenta ante la autoridad que emitió el acto impugnado y es resuelto por el superior jerárquico, salvo que dicho acto provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso será resuelto por el mismo.

Por lo que refiere a la clasificación de los recursos desde el punto de vista de la autoridad administrativa encargada de resolverlos, Nava Negrete y Quiroz Acosta,¹⁰ los distinguen así:

Si es la misma que dictó la resolución impugnada, se dice que es un recurso administrativo de reconsideración o reposición; si es una distinta de la que dictó la resolución y particularmente su superior jerárquica, se afirma que es un recurso de revisión o jerárquico.

A partir de los ejemplos citados, podemos desprender que por ser los recursos administrativos mecanismos de autocontrol, es decir, que son resueltos internamente por la propia administración de la cual emana el acto impugnado, se *carece de imparcialidad* en su trámite y determinación.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 226.

Esta conclusión ha sido compartida tanto por la doctrina y la opinión generalizada de gobernados y litigantes, como por el análisis del Poder Judicial Federal.

Véase, a manera de ejemplo, lo que al respecto dice Margáin Manautou:

- a) Muchos funcionarios de la administración pública piensan, al resolver el recurso, que siempre deben darle la razón a la misma. Como consecuencia, el particular considera que es tiempo y dinero perdidos agotar un recurso administrativo, pues desconfía de la justicia administrativa, ya que está obligado a inconformarse ante ella misma, por lo que califica al recurso administrativo como un mal necesario, pues necesita agotarse para tener derecho de acudir ante los tribunales.
- b) Las decisiones importantes, por regla general, se llevan al acuerdo de la autoridad superior, por lo que al intentarse el recurso administrativo, se sabe, de antemano, que la resolución recurrida se confirmará, es decir, la autoridad emisora sabe que su acto será recurrido y busca con el superior jerárquico como evitar errores o precisar posibles argumentos que no lo nulifiquen.
- c) El particular considera que al percatarse la administración que a ella no le asiste la razón, procurará retardar lo más posible la solución del caso.¹¹

Una apreciación similar se refleja en el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, en la tesis aislada en materia administrativa consultable con el número de registro 214,095 del *Semanario Judicial de la Federación* XII, Diciembre de 1993, página 896, que, en la parte que interesa, se reproduce a continuación:

JURISDICCIÓN DELEGADA. LIMITES.

El control de la legalidad de los actos que emanan del Poder Ejecutivo, ha tenido históricamente dos vías. La primera llamada jurisdicción retenida conforme a la cual los actos emanados de la autoridad administrativa de menor rango son susceptibles de ser revisados por el superior jerárquico, y los de éste por su superior y así sucesivamente hasta llegar al titular del Poder Ejecutivo Federal o Local. Este sistema fue criticado por dos razones sustanciales, porque el órgano administrativo carecía de capacidad intelectual para apreciar los temas de legalidad, dado que no siempre era un profesionista en derecho quien revisaba los actos de autoridad, y además porque era frecuente que el acto ejecutado por el inferior había sido ordenado por el superior, quien de esta manera **al revisar era juez y parte por lo que carecía de imparcialidad**. A esta vía correspondieron y corresponden los recursos ordina-

¹¹ Citado por Arturo Iturbe Rivas, *op. cit.*, p. 54

rios administrativos en los que el reestudio de legalidad lo efectúa el mismo órgano que lo emitió o bien el superior jerárquico. La segunda vía se llama jurisdicción delegada, y el primer expositor doctrinario de tal idea fue el licenciado Teodosio Lares, quien demostró que podía coexistir una función jurisdiccional dentro de la administración pública, sin provocar un choque de poderes con el Poder Judicial respectivo. Con esta idea nació el Tribunal Fiscal de la Federación, cuya materia fue originalmente conocer de la legalidad de los actos emanados de la Secretaría de Hacienda, y así resolvía en representación del titular del Poder Ejecutivo Federal...

Improcedencia 76/93. Xavier Campos Saldaña. 26 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Pérez González. Secretario: Octavio Bolaños Valadez. (Énfasis añadido)

3. No implica propiamente el desarrollo de una actividad jurisdiccional

Para abordar este punto, primeramente debemos recordar que la función jurisdiccional tiene como motivo el conflicto de derechos e intereses preexistentes; su finalidad es resolver el conflicto preexistente y de esta manera resolver de manera directa e inmediata intereses particulares; de igual forma el órgano del Estado no es parte de la relación jurídica que se crea.

Así, Cipriano Gómez Lara señala que la jurisdicción es:

Una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.¹²

Del mismo modo, Gabino Fraga señala que la función jurisdiccional sólo puede caracterizarse por su motivo y por su fin, es decir, por el elemento que provoca dicha función y por el resultado que con ella se persigue, ya que la función jurisdiccional supone, en primer término y a diferencia de las otras funciones, una situación de duda o de conflicto preexistentes; supone generalmente dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable. De aquí se desprende que si el antecedente o motivo de la función jurisdiccional es un conflicto de derecho que no puede dejarse a las partes resolver, el primer elemento del acto jurisdiccional consiste en la declaración que se haga de la existencia de tal conflicto; igualmente, la finalidad de la función jurisdiccional es dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada quien se hiciera justicia por su

¹² *Teoría General del Proceso*, 9a. ed., Oxford University Press, México, marzo de 2000.

propia mano; en una palabra, para mantener el orden jurídico y para dar estabilidad a las situaciones de derecho.

Ahora bien, dicha función jurisdiccional se desarrolla a través del proceso, definido por Cipriano Gómez Lara como:

... el conjunto complejo de actos del Estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.¹³

De igual manera, precisa que todo proceso se divide en dos grandes etapas: instrucción y juicio. En la primera son actos por cuyo medio se fija el contenido del debate (fase postulatoria), se desarrolla toda la actividad probatoria y se formulan las conclusiones o alegatos de las partes (fase preconclusiva); en la segunda etapa o parte del proceso, entraña el procedimiento a través del cual se dicta o pronuncia la resolución respectiva.

Como se ve de los anteriores conceptos, la actividad que desarrolla el Estado cuando tramita y resuelve un recurso administrativo no encuadra en los elementos típicamente descriptivos de la función jurisdiccional, que ya su materia no ventila un conflicto de derechos e intereses preexistentes, puesto que los actos administrativos que se pide sean revisados por esta vía son resultado del procedimiento administrativo iniciado por las propias autoridades de oficio o a petición de parte.

De esta forma, en los recursos administrativos no existe controversia, técnicamente hablando, puesto que no se dirime en ellos *pretensiones contradictorias*. Por esto, no podemos ubicar en los recursos un conflicto *entre partes*, sino que es la administración quien revisa sus propias determinaciones, con carácter de interesado en el resultado que arroje el medio de defensa, lo que le implica un carácter de juez y parte en el procedimiento.

Como consecuencia natural de lo anteriormente dicho, el cauce a través del cual se ventilan estos medios de defensa no tiene el carácter de *proceso jurisdiccional*, sino de *procedimiento administrativo recursal*. Esto queda de manifiesto si se analiza que, por ejemplo:

- En el recurso el promovente plantea sus pretensiones a través de su escrito, que en el proceso jurisdiccional sería la *demanda* (fase postulatoria), a la cual siempre le sigue una contestación del demandado, y eventualmente, la posibilidad de la reconvencción del demandado o la ampliación de la demanda del actor, cosa que no

¹³ *Ibidem*.

se da en el recurso, puesto que el demandado es la propia autoridad que emitió el acto combatido.

- Toda vez que no hay contestación del *demandado* en el recurso administrativo, no podemos hablar de que exista una *litis* a dirimirse, sino meramente una solicitud planteada, pero no con carácter *controversial*. Se destaca que en el juicio contencioso administrativo sí existe dicha contestación de demanda y en el amparo tal naturaleza la tienen los informes justificados, ante los cuales, puede incluso el actor ampliar su demanda.
- Con la misma lógica que en el caso de la *demandada*, en la etapa probatoria sólo es el accionante quien tiene derecho de ofrecer (desde su escrito de impugnación) y desahogar pruebas.

En este mismo sentido, al abordar el punto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que si bien en los recursos administrativos deben observarse los principios de impartición de justicia consagrados por el artículo 17 constitucional, ello ni implica el ejercicio de una verdadera actividad jurisdiccional, ya que no se presentan en esos medios de defensa las notas esenciales del proceso contradictorio en el que una autoridad imparcial dirige una controversia de partes en contienda.

Al respecto, véanse las tesis aisladas en materia administrativa números 2a. LI/2002 y 2a. LII/2002, cuyos rubros y textos dicen:

RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA. NO IMPLICAN EL DESARROLLO DE UNA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.

Los recursos administrativos y los pronunciamientos en ellos emitidos son actos de naturaleza administrativa, en tanto que el órgano que los tramita y resuelve no realiza una verdadera función jurisdiccional, ya que no hay controversia entre el particular que lo hace valer y el órgano de la administración pública, pues se trata de un mero control interno de legalidad de sus actos, que no es resuelto por un órgano imparcial e independiente del que emite el acto, además de que al promoverse el recurso por el particular afectado en contra de un acto administrativo, hay colaboración del gobernado para lograr eficiencia administrativa, para lo cual no obsta que el interesado recurrente resulte beneficiado con la resolución que se emita, por lo que, en todo caso, el recurso administrativo constituye un medio de control en la administración. De lo anterior se concluye que el recurso en sede administrativa no implica una función jurisdiccional propiamente dicha, sino simplemente administrativa, pues no existe una verdadera controversia, ya que para ello sería indispensable que las pretensiones de la administración pública fueran contradictorias con las del particular, lo que no sucede, toda vez que hasta en tanto no haya sido agotada la vía administrativa, no podrá

afirmarse que la administración sostiene un punto de contradicción con el particular.

Amparo directo en revisión 980/2001. Enlaces Radiofónicos, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.

RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA. LOS PRINCIPIOS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA, ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL DEBEN ADECUARSE A LA NATURALEZA DE INTERÉS PÚBLICO DE AQUELLOS.

El recurso administrativo, en razón de su naturaleza, no implica la realización de una función jurisdiccional en tanto que en él no existe un órgano independiente ante el que se dirima una controversia, sino que se trata de un mero control interno de legalidad de la propia administración responsable de los actos impugnados, en ejercicio de un control jurídico que tiende más a la eficacia de su actuación, que es de orden público, que a la tutela de intereses particulares, de manera que dentro de los procedimientos recursales generalmente no rigen los principios de igualdad de las partes, ni de contradicción, puesto que no hay demandado, ni existe un Juez imparcial. En congruencia con lo anterior, se concluye que en los recursos administrativos rige, en lo esencial, la garantía individual de impartición de justicia pronta y completa que consagra el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que implica que los principios que conforman ese derecho subjetivo público, deberán adecuarse a las diversas finalidades de esos medios de defensa.

Amparo directo en revisión 980/2001. Enlaces Radiofónicos, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.
(Énfasis añadido)

4. Alcance de la resolución que se emite en el recurso

Hemos dicho líneas arriba que el recurso administrativo es un medio de control de legalidad de los actos de esa naturaleza, que dicho control es interno, o sea, que lo realiza la propia administración, por lo que no implica el ejercicio de una actividad materialmente jurisdiccional en sentido estricto, al no funcionar bajo la lógica de una trilogía procesal donde partes en contienda resuelven su controversia ante una autoridad imparcial.

En consonancia con lo anterior, al ser un sistema de auto tutela administrativa, el poder que tiene la autoridad que resuelve los recursos administrativos es amplísimo, ya que puede entrar de nuevo a la cuestión que dio materia al procedimiento, instancia o expediente del cual emanó el acto administrativo combatido para:

- a) Confirmarlo;
- b) Declarar su inexistencia, nulidad o anulabilidad;
- c) Revocarlo total o parcialmente;
- d) Modificarlo u ordenar que sea modificado, y
- e) Dictar uno nuevo, u ordenar que sea dictado uno nuevo que lo sustituya.¹⁴

Resulta congruente esta amplitud de alcances con que puede resolverse un recurso administrativo si tenemos en cuenta que la autoridad competente para ello generalmente es la propia emisora del acto, su superior jerárquico u otra de similar naturaleza y jerarquía, pero que en todos los casos estudiados se trata de órganos resolutores ubicados dentro de la misma dependencia, entidad o institución pública de la cual emana el acto impugnado.

Así, queda claro que por esta circunstancia no podemos hablar de que en este tipo de medios de defensa en sede administrativa se actualice el atributo de la imparcialidad, propio de las autoridades que resuelven procesos que ventilan intereses contradictorios (controversias) de las partes contendientes.

Por la misma razón, para el caso de que en la impugnación del acto administrativo se acredite que el mismo adolece de alguna ilegalidad que lo vicie, la autoridad que resuelve el recurso puede optar entre ocupar la técnica del *reenvío*, ordenándole a la autoridad que lo dictó que lo modifique o dicte uno nuevo que lo sustituya, o bien, puede el resolutor *reasumir la competencia* original de la autoridad emisora el acto recurrido para modificar el acto o dictar por sí el nuevo acto que sustituya al viciado.

5. *Naturaleza de la resolución que se emite en los recursos administrativos*

Las resoluciones que se emiten en los recursos tienen la naturaleza y atributos propios de los actos administrativos.

Se dice lo anterior, no sólo porque quien los dicta es una autoridad administrativa, sino porque dichas resoluciones, al igual que los actos administrativos que se combaten a través de ellos:

- a) Serán válidas hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad jurisdiccional, y¹⁵

¹⁴ Artículo 12 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

¹⁵ Artículo 8 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

- b) Serán eficaces y exigibles a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada.¹⁶

Es decir, si el acto administrativo que fue combatido vía recurso es revocado, modificado total o parcialmente o fue sustituido por uno nuevo que se dictó en su lugar, las consecuencias de la resolución del recurso surten efectos plenos a partir de su notificación.

Esta cuestión resulta relevante si se tiene presente que, en cambio, las resoluciones que se emiten en los medios de defensa jurisdiccionales no modifican de inmediato la situación jurídica respecto de la cual se pronunciaron, sino resulta necesario que *causen estado*, bien por el transcurso del término para que sean a su vez impugnados, o bien porque habiéndolo sido fueron confirmados en ulteriores instancias.

En el caso, por ejemplo, del juicio contencioso administrativo, la Ley de la materia indica que cuando se interponga el juicio de amparo o el recurso de revisión, se suspenderá el efecto de la sentencia hasta que se dicte la resolución que ponga fin a la controversia.¹⁷

La experiencia nos ha enseñado que esta distinción no siempre se asimila fácilmente por los involucrados en los recursos administrativos. Un caso hipotético para ejemplificar esta situación es el siguiente:

- Determinada sociedad mercantil obtiene un registro sanitario ante la COFEPRIS, previo trámite del procedimiento administrativo regulado en la Ley General de Salud y en el Reglamento de Insumos para la Salud, que en su artículo 167 bis establece que el solicitante del registro sanitario de un medicamento deberá demostrar que es titular de la patente de la sustancia o ingrediente activo o que cuenta con la licencia correspondiente inscritas en el IMPI o bien, alternativamente, la Secretaría de Salud solicitará a dicho instituto que le informe si se invaden derechos industriales.
- Un tercero con interés jurídico puede promover el recurso de revisión previsto en la LFPA si estima que, por ejemplo, el acto administrativo mediante el cual fue concedido el registro sanitario en cuestión adolece de irregularidades, por no haberse acreditado que el solicitante cuenta con la titularidad de los derechos de propiedad industrial.
- Para el caso de que la autoridad revisora estime que los agravios del recurso son fundados y por tanto debe ser revocado el acto administrativo que concedió el registro sanitario, *dicha determinación*

¹⁶ Artículo 9 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

¹⁷ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 57, fracción II.

opera desde que es notificada, es decir, el registro deja de tener efectos de inmediato, con independencia de que la sociedad solicitante del registro tenga expedito su derecho para hacer valer vía juicio contencioso administrativo o amparo sus defensas a fin de que la resolución del recurso sea nulificada, y vuelvan las cosas al estado que tenían antes de que fuese dictado, es decir, regrese el status legal en el cual obtuvo un registro sanitario vigente.

Como se ve del anterior caso, no es necesario que la resolución del recurso quede *firme* para que deba ser ejecutada, ya que dicha resolución es acto administrativo, no acto jurisdiccional, y por tanto no requiere para ser ejecutado que haya transcurrido el término para su impugnación ni que sean agotados los medios de defensa que procedan en su contra, sin perjuicio de que una eventual medida cautelar dictada por la autoridad jurisdiccional pueda suspender los efectos de la resolución del recurso combatido vía contenciosa administrativa o a través del juicio de garantías.

6. Ejecutividad de las resoluciones administrativas

En secuencia con lo anotado en la sección anterior, reiteramos que las resoluciones de los recursos administrativos son también actos administrativos, y por tanto **ejecutivos**, por lo cual causan efectos, es decir, son **válidos, eficaces y exigibles** desde luego de su notificación. Ello implica que en los casos en que la autoridad revisora revocó el acto, o bien reasumió la competencia de la autoridad *revisada* para modificarlo o para dictar uno nuevo que sustituya al acto recurrido, la nueva situación jurídica particular se crea de inmediato con la notificación de la resolución.

En cambio, cuando en la resolución del recurso se ordena realizar un determinado acto o iniciar la reposición del procedimiento del cual emanó el acto combatido, debe mediar un plazo para que la resolución sea ejecutada por la autoridad emisora del acto administrativo revocado o declarado nulo.¹⁸ A este sistema podemos clasificarlo como *reenvío*, pues se materializa a través de lo que típicamente conocemos como resoluciones *para efectos*.

Lo anterior no implica, por otro lado, que las resoluciones *para efectos* no sean **ejecutivas, válidas, eficaces y exigibles** desde que se notifican, sino que para que se perfeccione la exteriorización de la voluntad de la autoridad administrativa debe emitirse un nuevo acto o ser repuesto el procedimiento.

¹⁸ La LFPA establece un plazo de cuatro meses (último párrafo del artículo 92).

C. Otras características específicas del Recurso de Revisión

Algunas notas adicionales del Recurso de Revisión previsto en la LFPA, que por cierto en su mayoría comparten todos los recursos administrativos, serán recuperadas a continuación por su utilidad para el momento en que se pase al análisis comparativo de la instancia de inconformidad en materia de contrataciones públicas.

1. *Procede contra actos definitivos del procedimiento administrativo*

La regla que establece el artículo 83 de la LFPA indica que los actos susceptibles de combate vía recurso de revisión son aquellos que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente.

Así mismo, el numeral 84 de esa Ley, prevé que la oposición a los actos de trámite en un procedimiento administrativo deberá alegarse por los interesados durante dicho procedimiento, para su consideración, en la resolución que ponga fin al mismo, y que la oposición a tales actos de trámite se hará valer en todo caso al impugnar la resolución definitiva.

2. *Se deduce en el recurso administrativo un interés jurídico*

El artículo 89 de la LFPA, que contempla los supuestos de desechamiento del recurso de revisión, prevé en su fracción II como una hipótesis para la actualización de esta figura, cuando los actos recurridos no afecten los *intereses jurídicos* del promovente.

Al respecto, debe traerse a colación la distinción entre interés simple, interés jurídico e interés legítimo, según lo que al respecto ha resuelto el Poder Judicial Federal.

Sobre el **interés simple**, podemos decir que no tiene en nuestro sistema jurídico ninguna protección directa y particular. Existe este tipo de interés en las personas cuando gozan de '*situaciones favorables para la satisfacción de una necesidad*', al recibir un beneficio del Estado cuando éste, en el ejercicio de sus atribuciones y buscando satisfacer las necesidades colectivas que tiene a su cargo, adopta una conducta que coincide con esos intereses particulares, y en cambio sufren un perjuicio cuando esa conducta no es adecuada a los propios intereses. En el primer caso reciben un beneficio y en el segundo se perjudica, pero no tiene ningún derecho para exigir que se mantenga esa situación privilegiada, por lo cual esos intereses no tienen ninguna protección jurídica directa y particular, sino tan solo la que resulta como un reflejo de una situación general, porque no pueden crear una defensa especial para intereses particulares indiferenciales para el Estado.

Respecto de **interés jurídico y legítimo**, términos respecto de los cuales llegó a afirmarse que en el derecho tienen la misma connotación, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus tesis jurisprudenciales 2a./J. 141/2002 y 2a./J. 142/2002, surgidas por contradicción, estableció las diferencias que distinguen ambos conceptos, según se puede ver enseguida:

INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

De los diversos procesos de reformas y adiciones a la abrogada Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y del que dio lugar a la Ley en vigor, se desprende que el legislador ordinario en todo momento tuvo presente las diferencias existentes entre el interés jurídico y el legítimo, lo cual se evidencia aún más en las discusiones correspondientes a los procesos legislativos de mil novecientos ochenta y seis, y mil novecientos noventa y cinco. De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con este último, fue precisamente permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad clara de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses. Así, el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

Contradicción de tesis 69/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot.

INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo con los artículos 34 y 72, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea, o no, titular del respectivo derecho subjeti-

vo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; así, lo que se plantea en dichos preceptos es una cuestión de legitimación para ejercer la acción, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la ley analizada, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar aquél de mayores alcances que éste.

Contradicción de tesis 69/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot.

Además, de la ejecutoria que dio origen a las tesis arriba transcritas, destacamos también los aspectos que enseguida se reproducen:

1. En general, la doctrina concibe al interés legítimo como una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que, sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir, sin ser titulares de un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que la violación del derecho o libertad sea reparado. En otras palabras, implica el reconocimiento de la legitimación del gobernado cuyo sustento no se encuentra en un derecho subjetivo otorgado por la normatividad, sino en un interés cualificado que de hecho pueda tener respecto de la legalidad de determinados actos de autoridad.

Las características que permiten identificarlo son:

- a) Si prospera la acción, ello se traduce en un beneficio jurídico en favor del accionante.
- b) Está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo.
- c) Debe existir una afectación a la esfera jurídica del particular.

- d) El titular del interés legítimo tiene un interés propio y distinto de otros gobernados, consistente en que los actos de la administración pública, que incidan en el ámbito de ese interés propio, se ajusten a derecho.
- e) Es un interés cualificado, actual y real, y no potencial o hipotético, por lo cual se le estima como un interés jurídicamente relevante.
- f) La anulación del acto de autoridad produce efectos en la esfera jurídica del gobernado.

... Este Alto Tribunal ha señalado las diferencias entre el interés jurídico, el interés simple y la mera facultad: Se ha entendido que el interés jurídico corresponde al derecho subjetivo, entendiendo como tal la facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho, y supone la conjunción de dos elementos inseparables: a) una facultad de exigir; y, b) una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia. De tal manera que tendrá legitimación sólo quien tenga interés jurídico y no cuando se tenga una mera facultad o potestad, o se tenga un interés simple, es decir, cuando la norma jurídica objetiva no establezca a favor del individuo alguna facultad de exigir.

... el interés legítimo es aquel que tienen aquellas personas que por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser las destinatarias de una norma, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás individuos y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato.

El interés legítimo existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones de conseguir un determinado beneficio, sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos. Así, la afectación al interés legítimo se acredita cuando la situación de hecho creada o que pudiera crear el acto impugnado pueda ocasionar un perjuicio, siempre que éste no sea indirecto sino resultado inmediato de la resolución que se dicte o llegue a dictarse.

Bajo esta óptica, en el recurso administrativo de revisión se tutelan intereses jurídicos de los particulares, es decir, derechos subjetivos, los cuales deben sufrir un agravio personal y directo respecto de una situación jurídica individualizada para que sea procedente la vía del recurso.

3. Opera la suplencia de la queja deficiente

La institución jurídica de la suplencia de la queja deficiente opera en el recurso de revisión por disposición del artículo 92 de la LFPA, que indica que la resolución del recurso se fundará en derecho y examinará todos y cada uno de los agravios hechos valer por el recurrente (exhaustividad y congruencia) teniendo la autoridad la facultad de invocar hechos notorios; pero, cuando uno de los agravios sea suficiente para desvirtuar la validez del acto impugnado bastará con el examen de dicho punto.

Así mismo, la autoridad, en beneficio del recurrente, podrá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos que se consideren violados y examinar en su conjunto los agravios, así como los demás razonamientos del recurrente, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en el recurso.

Igualmente, deberá dejar sin efectos legales los actos administrativos cuando advierta una ilegalidad manifiesta y los agravios sean insuficientes, pero deberá fundar cuidadosamente los motivos por los que consideró ilegal el acto y precisar el alcance en la resolución.

Resulta congruente este sentido de resolución si tenemos presente que, al ser el recurso administrativo un medio de auto control jurídico o auto tutela de la administración, puede ésta revocar sus propios actos si estima que fueron emitidos en violación de las normas que los rigen.

4. Es optativo, por lo que no resulta necesario agotarlo para acudir a la vía jurisdiccional

El artículo 83 de la LFPA dispone que los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

En el mismo orden, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa dispone en su artículo 14, fracciones XI y XII, que procede el juicio contencioso contra las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la LFPA, o bien, en contra de las resoluciones que decidan los recursos administrativos en esa materia.

De lo referido podemos desprender que:

- a) El recurso administrativo de revisión es optativo, es decir, no resulta necesario agotarlo para acudir a la vía contenciosa.
- b) Para el caso de que se determine agotarlo, puede promoverse contra éste -en litis abierta, por cierto- el juicio contencioso administrativo, antes llamado, de *nulidad*.

III. Análisis de la instancia administrativa de inconformidad

A continuación haremos una descripción de la institución prevista en el Título Sexto, Capítulo Primero, de la LAASSP y Título Séptimo, Capítulo Primero, de la LOPSRM (cuyo articulado es esencialmente el mismo, por lo cual en adelante sólo se hará la cita correspondiente a los artículos de la LOPSRM) refiriendo los aspectos que lo asimilan o distinguen con los recursos administrativos, según la caracterización que de los mismos se hizo en los apartados anteriores.

A) Definición

La instancia de inconformidad es el instrumento que los particulares tienen a su alcance para impugnar los actos que estimen irregulares en las licitaciones públicas, entendidas en sentido lato, ya que se incluye también a las invitaciones a cuando menos tres personas,¹⁹ Es, al mismo tiempo, un medio a través del cual se garantiza que los entes convocantes de esos concursos públicos cumplan el mandato impuesto por el artículo 134 constitucional, consistente en administrar los recursos públicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez.

Por lo que refiere a los principios constitucionales apenas citados, diríamos que aunque todos ellos se encuentran de alguna forma vinculados y retroalimentados entre sí, esa interrelación parece más estrecha entre los tres primeros (eficiencia, eficacia y economía) ya que todos ellos atienden a una racionalidad estrictamente económica, a saber, que el Estado cumpla sus objetivos a través de procedimientos claros y expeditos que maximicen los rendimientos del gasto público, al contratar en las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad y demás circunstancias pertinentes. Por otro lado, advertimos un binomio más estrecho entre

¹⁹ El artículo 83 de la LOPSRM, establece que las inconformidades pueden promoverse contra actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas.

la transparencia y la honorabilidad, ya que, mientras el primero privilegia la máxima publicidad del actuar gubernamental como instrumento de rendición de cuentas y monitoreo ciudadano de la conducta de los servidores públicos, el segundo tutela la recta e imparcial actuación administrativa, con apego a las reglas establecidas.

De esta suerte, la inconformidad cumple una función importante en la salvaguarda de las reglas que rigen a las licitaciones públicas, en un doble aspecto: protege a los particulares en contra de determinaciones irregulares de las autoridades convocantes y, con ello, se garantiza al Estado la obtención de las mejores condiciones de contratación.

En síntesis, se trata de un medio de control de la regularidad legal, cuya eficacia abona a la seguridad jurídica del sistema de contratación pública.

En efecto, ya que hemos dicho que en un estado democrático de derecho las reglas que regulan la actuación gubernamental constituyen disposiciones de orden público, cuya inobservancia conduce normalmente a la nulidad de los actos irregulares. Estos aspectos están recogidos tanto en las leyes de contratación pública (artículos 15, primeros párrafos, de la LAASSP y LOPSRM), como por la LFPA, en su Título Segundo. En esta tesitura, la *ratio legis* de que las leyes administrativas prevean instancias o recursos a favor de los particulares es precisamente para dotar a éstos de mecanismos de impugnación que tiendan a reorientar la actuación administrativa en caso de desviaciones.

Debe tenerse en cuenta que la regularidad legal en la actividad contractual del Estado es un elemento que brinda seguridad jurídica a los agentes económicos, valor que en sí mismo propicia un entorno favorable a la inversión privada, al reducirse los elementos de incertidumbre que inciden negativamente en las calificaciones de riesgo país, lo que repercute directamente también en su competitividad.

B) Determinación de su naturaleza de acuerdo a la denominación que se le ha dado

Se ha llegado a afirmar que la inconformidad constituye un recurso administrativo especializado en materia de contrataciones gubernamentales. Algunos han encontrado similitudes entre esta figura y el Recurso de Revisión contemplado en la LFPA, lo que ha conducido a tal aseveración.

No extraña esa conclusión si tomamos en cuenta que incluso los tribunales federales y aún la SCJN en sus sentencias denominan a la inconformidad *recurso administrativo*, según se puede apreciar de las tesis

que sólo de manera enunciativa, en lo que interesa, a continuación se reproducen.

TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS RELATIVAS A LA ADJUDICACIÓN DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA, NI DE LAS QUE RECAIGAN CON MOTIVO DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS EN SEDE ADMINISTRATIVA RELACIONADOS CON ESA MATERIA.

El artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, establece las diversas hipótesis de procedencia del juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, que actualizan la existencia de un medio ordinario de defensa susceptible de revocar, nulificar o modificar los actos administrativos enumerados en ellas; de esas diversas hipótesis no es factible desprender que a dicho tribunal se le otorgue competencia para conocer, a través del juicio de nulidad, de la impugnación de actos derivados de una licitación pública, como es precisamente la resolución recaída a un **recurso de inconformidad, interpuesto en sede administrativa**, contra el fallo que adjudicó a favor de un tercero la licitación respectiva...

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 125/2000. Viajes Felgueres, S.A. de C.V. 8 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: César Thomé González. Secretario: José Manuel Quistián Espericueta.

INCONFORMIDAD. LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 95 DE LA ABROGADA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS CONSTITUYE UN RECURSO EN SEDE ADMINISTRATIVA Y NO SIMPLEMENTE UNA DENUNCIA DE HECHOS.

Si se atiende a lo dispuesto en los artículos 95 a 98 de la abrogada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y al hecho de que los recursos administrativos son los medios de defensa al alcance de los particulares para impugnar, ante la administración pública, los actos y resoluciones por ella dictados en perjuicio de aquéllos, resulta inconcuso que la inconformidad prevista en el mencionado artículo 95 **constituye un recurso en sede administrativa** y no simplemente una denuncia de hechos que hace el particular participante en una licitación pública para coadyuvar con la autoridad fiscalizadora de los servidores públicos a fin de que éstos se ciñan a la normatividad y que dará lugar a que la autoridad realice una investigación con repercusión exclusiva en la responsabilidad del servidor público de acreditarse que actuó contra la ley. Ello es así, porque los efectos del fallo que se emita en tal inconformidad, precisados en el artículo 97 de la citada ley, son propios de un recurso, pues consisten en la nulidad del procedimiento a partir del acto o actos irregulares, estableciendo las directrices necesarias para que el mismo se realice conforme a la ley.

Amparo en revisión 219/2001. Job Electromecánica Industrial, S.A. de C.V. 15 de junio de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Sofía Verónica Ávalos Díaz.
(Énfasis añadido)

Aunque las leyes de contratación pública nunca han dado expresamente a la inconformidad la denominación de **recurso**, sí lo han hecho otras disposiciones legales, como la contenida en la reforma a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria publicada en el DOF del 31 de diciembre de 2008, en la cual —con pésima técnica legislativa en nuestra opinión, pues regula aspectos que no son objeto de esa ley, sino de las de adquisiciones y obras públicas— menciona en su artículo 48, fracción III que cuando los participantes en procesos de contratación de proyectos de infraestructura interpongan un *recurso de inconformidad* en contra del fallo, la suspensión se otorgará únicamente a petición de parte y previa garantía.

El hecho de que las leyes especiales de contratación pública jamás hayan mencionado expresamente a la inconformidad como **recurso**, resulta revelador de la verdadera intención del legislador, puesto que, en sentido contrario a esta idea de darle tal denominación, encontramos aspectos en las disposiciones legislativas de la materia específica que parecen indicarnos que desde la génesis de esta institución jurídica el objetivo fue crear una instancia impugnativa previa y diversa del recurso administrativo. Así se advierte de lo siguiente:

- a) La *Ley de Adquisiciones y Obras Públicas* vigente desde 1994 hasta marzo de 2000 contemplaba un Título Sexto denominado “*De las inconformidades y el Recurso*”; cuyo capítulo I trataba “*De las inconformidades*” mientras que su capítulo II establecía “*Del Recurso de Revocación*”. De lo anterior desprendemos que se reguló desde su origen a la inconformidad como una instancia diversa y anterior del recurso específico que la Ley de contratación establecía.
- b) La *Ley Federal de Procedimiento Administrativo*, que entró en vigor el 1º de junio de 1995 derogó por virtud de su artículo Segundo Transitorio todos los recursos administrativos regulados en las diversas leyes administrativas. Como consecuencia de esa disposición, desapareció el Recurso de Revocación previsto en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, arriba citado, pero no la inconformidad, que siguió funcionando con plena vigencia. La razón de ello es que no estaba prevista como un recurso, sino como una instancia administrativa distinta del recurso.

- c) Las leyes de *Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* y de *Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas* tanto antes como después de sus reformas del 28 de mayo de 2009 disponen en sus respectivos artículos 37 y 39, últimos párrafos, que “Contra la resolución que contenga el fallo *no procederá recurso alguno*; sin embargo procederá la inconformidad...” lo que nos indica, *contrario sensu*, que la inconformidad no es un recurso.

Esta precisión legislativa estimamos que tiene como objetivo hacer obligatorio el agotamiento de la instancia para poder acudir a la vía jurisdiccional, lo cual será explicado más adelante.

- d) La reforma de 28 de mayo de 2009 zanjó el debate de su denominación, al llamarla expresamente tanto en la LAASSP como en la LOPSRM, **instancia de inconformidad**.

C) Diferencias de fondo respecto de los recursos

Además de que legislativamente ha sido recientemente llamada *instancia* y no *recurso*, lo cual no sería sino una mera distinción formal, materialmente encontramos también diferencias de fondo que hacen muy diversos ambos tipos de medios impugnativos.

Se afirma lo anterior puesto que estimamos que si bien la inconformidad tiene notas coincidentes con los recursos administrativos, al ser también una especie de medio de impugnación en sede administrativa, su naturaleza cuenta con notas propias que vale la pena resaltar para dar claridad a dicha institución jurídica, sobre todo a partir de su reciente reforma.

En efecto, ya que se destaca del decreto publicado en el DOF del pasado 28 de mayo de 2009 una nueva regulación legislativa de la instancia de inconformidad. Estas reformas resultan de gran trascendencia ya que han venido a clarificar su naturaleza jurídica y las reglas que operan en su procedimiento, lo que ha reducido de manera significativa la necesidad de acudir supletoriamente a la LFPA y al Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

No es aventurado afirmar que después del 28 de mayo de 2009 se cuenta con un medio de impugnación en materia de contrataciones públicas significativamente distinto del que existía previamente, al haberse colmado aspectos antes incompletos y ambiguos que generaban gran incertidumbre jurídica respecto de la instancia de inconformidad. Ahora, en la legislación particular se contienen la mayoría de las soluciones de forma y fondo para esta materia *sui generis*.

1. *¿Este medio de control administrativo de legalidad es externo o interno?*

En el apartado correspondiente de este trabajo, establecimos que la doctrina, las tesis jurisprudenciales y la legislación han definido a los recursos administrativos como medios de control jurídico interno de la administración, ya que se resuelven sin la intervención de órganos ajenos a la propia administración activa.

Ahora bien, la inconformidad es una instancia atendida y resuelta por la Secretaría de la Función Pública²⁰, dependencia del Poder Ejecutivo Federal. Desde este primer aspecto, podemos afirmar que se trata de un medio de impugnación en sede administrativa.

Sin embargo, esta cuestión presenta otras aristas interesantes si se considera que las leyes de contratación (Art. 1) definen que las mismas aplican a los actos de esa naturaleza que realicen tanto dependencias como entidades de la Administración Pública Federal, así como la Procuraduría General de la República, pero también aplica a las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, cuando llevan a cabo sus contrataciones con cargo total o parcial a recursos federales.

De esta suerte, advertimos que **no es la Secretaría de la Función Pública la dependencia emisora de los actos combatidos vía instancia de inconformidad**, lo cual presenta aspectos que vale la pena analizar. Veamos los siguientes ejemplos:

- a) Si una licitación pública es convocada, por ejemplo, por la Dirección General de Carreteras de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la resolutora del medio de impugnación no es la propia autoridad emisora del acto, ni su superior jerárquico, ni otra unidad administrativa de su similar naturaleza y jerarquía (como en los ejemplos estudiados en la sección relativa a los recursos administrativos), sino una autoridad diversa de la emisora del acto. En este primer caso, podríamos decir que tal distinción es sutil, en tanto que hablamos de que ambas autoridades son dependencias (sector central) del Ejecutivo Federal.
- b) El asunto comienza a tomar mayor complejidad si se analiza el caso de las licitaciones públicas convocadas, por ejemplo, por PEMEX, en tanto que como organismo descentralizado tiene naturaleza jurídica y patrimonio propio, distinto del sector central. Aún así, en este caso, al tratarse de una entidad de la Administración Pública Federal, podríamos asumir que el control jurídico que se

²⁰ Artículo 83 de la LOPSRM.

ejerce vía inconformidad podría asimilarse todavía en la categoría de *auto tutela administrativa*.

- c) Sin embargo, estimamos que ya no es posible clasificar como control interno a las resoluciones que emite la Secretaría de la Función Pública respecto de contrataciones que, con cargo a recursos federales, realizan las entidades federativas, los municipios y sus respectivos entes paraestatales. Así es, ya que en estos casos se analizan actos de autoridades de otros órdenes de gobierno diversos del Federal, los cuales gozan de soberanía y autonomía. En este tipo de supuestos, para las autoridades estatales o municipales o para sus organismos descentralizados, les es igualmente ajena —externa— la Secretaría de la Función Pública como lo podría ser el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa o el Poder Judicial Federal.

De lo anterior encontramos una primera y muy trascendente distinción entre la instancia administrativa de inconformidad y los recursos administrativos, ya que si bien ambos son atendidos y resueltos por autoridades en sede administrativa, no es posible catalogar en todos los casos a la inconformidad como un instrumento de auto tutela de la administración, sino que muchas veces es más bien un auténtico mecanismo de **control externo**.

2. Se dio a la instancia de inconformidad formalmente la naturaleza de medio de solución de controversias

La LAASSP y la LOPSRM antes de la reforma de 28 de mayo de 2009 decían en su artículo 15:

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales.

Dicha expresión fue reformada en el decreto mencionado para quedar así:

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente. La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Séptimo de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte.

El Título Séptimo, al cual remite la disposición anterior, se denomina “De la Solución de las Controversias”, y cuenta con tres capítulos: Primero: “De la Instancia de Inconformidad”; Segundo: “Del Procedimiento de Conci-

liación”, y; Tercero: “Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial”.

Se puede apreciar que la reforma utilizó una expresión que aparenta trasladar la competencia que anteriormente tenían los tribunales federales para resolver controversias derivadas de la aplicación de las leyes de contratación, a un sistema diferenciado según la naturaleza y características de los actos que motivan esas controversias:

- a) Si la controversia se orienta a combatir actos administrativos surgidos del procedimiento de contratación, la vía para ventilar dicha impugnación es la **instancia de inconformidad**.
- b) Si la controversia nace por desavenencias contractuales (interpretación y cumplimiento de los contratos), se podrán resolver controversias a través de la figura de la **conciliación**, procedimiento de amigable composición, optativo y totalmente voluntario ante la propia SFP.
- c) Se incluye una regulación expresa para autorizar al **arbitraje** como mecanismo de solución de controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, con la restricción de que no serán materia de arbitraje la rescisión administrativa ni la terminación anticipada de los contratos, ya que éstos son actos de autoridad en los cuales no rige la igualdad contractual entre el Estado y los particulares, por lo cual su impugnación debe ser sometida a la jurisdicción contenciosa administrativa o judicial.
- d) Se posibilita que las partes contraten **mecanismos alternos de solución de controversias** para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos (*dispute boards, peritajes, etc.*)
- e) Finalmente, para los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias, la **competencia para dirimir las será de los tribunales federales**.

3. La regulación procesal de la instancia de inconformidad tiene mayores aproximaciones a una actividad materialmente jurisdiccional que a una administrativa

Al margen de su definición formal, ¿Es materialmente la instancia de inconformidad un auténtico medio de solución de controversias de naturaleza jurisdiccional?

Podemos caracterizar a una controversia, según los elementos aportados por las tesis jurisprudenciales citadas cuando se habló de los recursos administrativos, por lo siguiente:

- a) Las pretensiones de la administración pública son contradictorias con las del particular, por lo cual los principios de la función jurisdiccional implican la igualdad de las partes, la oposición o contradicción.
- b) Existencia de un órgano independiente e imparcial que dirima las cuestiones debatidas.

Ahora bien, veamos si en la instancia administrativa de inconformidad se colman estos extremos.

a) *Síntesis del procedimiento de inconformidad*

Inicia con la presentación del escrito de inconformidad (artículo 84 de la LOPSRM), símil de una demanda, ya que en él debe precisarse el acto que se impugna, fecha de su emisión o notificación o que tuvo conocimiento del mismo, las pruebas que ofrece así como los hechos o abstenciones que constituyan los antecedentes del acto impugnado y los motivos de inconformidad.

Recibida la inconformidad (artículo 89), se requerirá a la convocante para que rinda en el plazo de dos días hábiles un informe previo en el que manifieste los datos generales del procedimiento de contratación y del tercero interesado, y pronuncie las razones por las que estime que la suspensión resulta o no procedente. Se requerirá también a la convocante que rinda en el plazo de seis días hábiles un informe circunstanciado, en el que se expondrán las razones y fundamentos para sostener la improcedencia de la inconformidad así como la validez o legalidad del acto impugnado y se acompañará, en su caso, copia autorizada de las constancias necesarias para apoyarlo.

Como se ve, esta parte se asemeja a lo que podemos considerar una contestación de demanda. Se destaca también que los términos concedidos al licitante para presentar su impugnación (seis días hábiles a partir del acto combatido) son los mismos con que cuenta la autoridad para pronunciar respuesta, vía informe justificado, así como los terceros interesados a quienes se les corre traslado para que manifiesten lo que a su interés convenga, con las mismas formalidades y términos que se prevén para el inconforme, lo cual resulta indicativo de la equidad procesal de las partes en contienda.

Luego, el inconforme, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que se tenga por recibido el informe circunstanciado, tendrá derecho de ampliar sus motivos de impugnación, cuando del mismo aparezcan elementos que no conocía. Para el caso de que la autoridad ante quien se ventila la instancia impugnativa estime procedente la ampliación, requerirá a la convocante para que en el plazo de tres días hábiles rinda el informe circunstanciado correspondiente, y dará también vista al tercero interesado para que en el mismo plazo manifieste lo que a su interés convenga.

Hasta aquí, diríamos que está perfectamente definida la fase postulatoria de un juicio, y entonces es posible identificar claramente la litis a resolver, puesto que las partes han realizado ya los planteamientos de las pretensiones que a cada una corresponde, de forma contradictoria.

Por otra parte, durante el desahogo de la instancia es posible decretar la suspensión de los actos combatidos del procedimiento de contratación (artículo 88), siempre que lo solicite el inconforme en su escrito inicial y se advierta que existan o pudieren existir actos contrarios a las disposiciones de Ley y, además, no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. Se destaca que esta medida cautelar tiene dos especies: el de una suspensión provisional y otra definitiva, tal como ocurre en los juicios de nulidad o de amparo, de manera que la unidad administrativa resolutora pueda actuar con celeridad (al tomar conocimiento de la inconformidad) y con certeza (una vez que la autoridad rinde su informe), a fin de evitar la consumación de actos ilegales, por una parte, y por la otra que los procedimientos queden sin materia. A su vez, el tercero interesado puede otorgar una contragarantía equivalente a la exhibida por el inconforme para dejar sin efectos dicha suspensión. A partir de que haya causado estado la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad, podrá iniciarse incidente de ejecución de garantía, señalándose el daño o perjuicio que produjo la suspensión de los actos.

Una vez concluida la etapa de planteamiento de las pretensiones, debe existir un pronunciamiento de la autoridad instructora respecto de las pruebas, esto es, una especie de relación de probanzas, donde se tengan por admitidas aquéllas que sean conducentes, desahogadas las que por su naturaleza lo permitan y se agende el desahogo de aquéllas que así lo requieran.

Para el caso de que no existan pruebas que merezcan preparar un desahogo especial, se pondrán las actuaciones a disposición de las partes a efecto de que dentro del plazo de tres días hábiles formulen sus alegatos por escrito (artículo 90).

Cerrada la instrucción, la autoridad que conozca de la inconformidad dictará la resolución en un término de quince días hábiles, la cual contendrá (art. 91), entre otros aspectos:

- La fijación clara y precisa del acto impugnado.
- El análisis de los motivos de inconformidad, para lo cual podrá corregir errores u omisiones del inconforme en la cita de los preceptos que estime violados, así como examinar en su conjunto los motivos de impugnación y demás razonamientos expresados por la convocante y el tercero interesado, a fin de resolver la controversia efectivamente planteada, pero no podrá pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido expuestas por el promovente.

Esta disposición nos indica que la autoridad resolutora debe dilucidar en forma congruente y exhaustiva la causa de pedir, tal como es propio de las resoluciones jurisdiccionales, pero no le está autorizado suplir la queja deficiente, como sí ocurre en los recursos administrativos. De esta forma, el análisis de la legalidad de la actuación administrativa se revisa solamente a la luz de lo planteado por el inconforme (estricto derecho), sin que se suplan deficiencias de motivos de impugnación inadecuada o incompletamente planteados, lo cual hace una importante diferencia con los recursos, en los cuales, al ser mecanismos de auto control o auto tutela administrativa, la propia autoridad revisora puede analizar sus propios actos aún en aspectos no planteados por el recurrente.

- La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el procedimiento.
- Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye, y
- Los puntos resolutivos que expresen claramente sus alcances y efectos, en congruencia con la parte considerativa, fijando cuando proceda las directrices para la reposición de actos decretados nulos o para la firma del contrato.

b) *Posición de la autoridad que conoce del medio de impugnación respecto del acto combatido, y alcances de su resolución*

Dijimos que en el caso del recurso de revisión, la autoridad que conoce del mismo es el superior jerárquico de quien emitió el acto, y en esa calidad tiene amplísimas posibilidades y alcances su resolución, ya que puede:

- Desechar el recurso.
- Confirmar el acto impugnado.
- Declarar su inexistencia, nulidad o anulabilidad.
- Revocarlo total o parcialmente.
- Modificarlo u ordenar su modificación.
- Dictar u ordenar expedir uno nuevo que lo sustituya.

Por su parte, la resolución a la instancia de inconformidad sólo puede (artículo 92 de la LOPSRM):

- Sobreseer en la instancia.
- Declarar infundada la inconformidad.
- Declarar que los motivos de inconformidad resultan inoperantes para decretar la nulidad del acto impugnado, cuando las violaciones alegadas no resulten suficientes para afectar su contenido.
- Decretar la nulidad total del procedimiento de contratación.
- Decretar la nulidad del acto impugnado, para efectos de su reposición, subsistiendo la validez del procedimiento o acto en la parte que no fue materia de la declaratoria de nulidad.
- Ordenar la firma del contrato, cuando haya resultado fundada la inconformidad promovida contra los actos y omisiones de la convocante que impidan la formalización del contrato.

Dicho de otro modo, mientras que el superior jerárquico que resuelve el recurso de revisión tiene plenitud de jurisdicción para modificar los actos de sus inferiores o dictar nuevos que los sustituyan, la instancia de inconformidad sólo funciona como instancia de anulación, y opera siempre, a través del mecanismo de reenvío, para que la autoridad competente corrija sus actos, pero sin reasumir su competencia.

Esta distinción, a nuestro parecer, es de vital trascendencia, ya que limita el alcance de las resoluciones de inconformidad, puesto que en ningún caso pueden sustituirse en el ejercicio de facultades que son propias de las convocantes, por ejemplo de evaluar propuestas y dictar sentidos de los fallos. A lo único que se limita, es a verificar la correcta fundamentación y motivación de los mismos, pero sin ir más allá de lo expresado por las propias entidades y dependencias convocantes.

Por esta razón, la instancia de inconformidad funciona más bien como una *instancia de anulación y reenvío*, lo cual la asemeja más al juicio contencioso administrativo que al recurso administrativo.

Estas particularidades, además de otras que más adelante se exponen, permiten concluir que la instancia administrativa de inconformidad funciona como un auténtico procedimiento *contradictorio* de partes resuelto por una autoridad *independiente e imparcial*.

c) *Naturaleza de la resolución que se emite en las inconformidades*

Respecto de este punto, al igual que las resoluciones recaídas en los recursos administrativos, las referentes a las inconformidades serán **válidas** hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad jurisdiccional y serán **eficaces y exigibles** a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada.

Ello se desprende del contenido del artículo 93 de la LOPSRM, que dispone que sólo podrá suspenderse la ejecución de las resoluciones mediante determinación de autoridad administrativa o judicial competente, lo cual es distinto de lo que ocurre en las resoluciones jurisdiccionales, que requieren para su ejecución que hayan *causado estado*, ya sea porque transcurrió el término para que sean impugnadas, o bien porque habiéndolo sido fueron confirmados en ulteriores instancias.

Sin embargo, por otro lado, la naturaleza de estas resoluciones no cuenta con algunos atributos de los actos administrativos, que son *autoejecutables*, sino que requieren, tal como las resoluciones jurisdiccionales, de un *acatamiento de la autoridad administrativa responsable para que la nueva situación jurídica ordenada surta efectos plenos*.

El artículo 93 de la LOPSRM establece las bases que operan para el acatamiento de las resoluciones de inconformidad, de los cuales destacamos lo siguiente:

- La convocante acatará la resolución que ponga fin a la inconformidad en un plazo no mayor de seis días hábiles.
- Sólo podrá suspenderse la ejecución de las resoluciones mediante determinación de autoridad administrativa o judicial competente.
- Existe un *procedimiento especial de verificación del acatamiento de las resoluciones de inconformidad*, con características aproximadas a los incidentes de inejecución, repetición de acto, exceso o defecto en el acatamiento de las sentencias judiciales.

Este aspecto es resultado precisamente de la posición de *independencia* e *imparcialidad* que guarda el órgano resolutor de la instancia de inconformidad respecto de la autoridad administrativa emisora del acto combatido, puesto que sólo se justifica la existencia de un mecanismo de verificación del cumplimiento de resoluciones cuando la autoridad *revisora* es diversa de la *revisada*.

Si se acredita que la resolución no fue cumplimentada según las directrices fijadas, la autoridad resolutora dejará insubsistente el acto respectivo, y ordenará a la convocante su reposición en un plazo de tres días hábiles, de acuerdo a lo ordenado en la resolución que puso fin a la inconformidad. Si resultare que hubo una omisión total, requerirá a la convocante el acatamiento inmediato.

El incumplimiento de resoluciones es definido como *desacato*, lo cual es motivo de responsabilidad administrativa.

- Para el caso de que existan *contratos* derivados de los actos declarados nulos, dichos acuerdos serán *válidos y exigibles* hasta en tanto se da cumplimiento a la resolución, pero será necesario terminarlos anticipadamente cuando la *reposición de actos* implique que debe adjudicarse a un licitante diverso, deba declararse desierto el procedimiento o se haya decretado su nulidad total.

Lo anterior introduce otro matiz a las resoluciones de inconformidad de mayor proximidad con los actos jurisdiccionales que con los actos administrativos, puesto que, como se ve, dichas resoluciones no son autoejecutables, toda vez que las situaciones jurídicas individuales emanadas de los fallos licitatorios declarados nulos en la instancia de inconformidad continúan surtiendo efectos hasta que se cumplimente la resolución por la autoridad responsable de emitir dichos fallos.

Esto implica que las resoluciones de inconformidad son declarativas, no constitutivas ni privativas por sí mismas de derechos, sino que requieren para ello el acatamiento de las autoridades *demandadas*.

4. Otras características específicas de la instancia de inconformidad distintas del Recurso de Revisión

Ahora comparemos a las inconformidades con el recurso de revisión a la luz de las notas específicas señaladas arriba en el apartado correspondiente.

a) *Procede contra actos previos y definitivos del procedimiento administrativo de licitación pública*

Mientras que la regla del recurso de revisión y de prácticamente todos los recursos administrativos es que proceden contra actos que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en el caso de la inconformidad vemos que la misma es susceptible de en-derzarse contra actos diversos del procedimiento administrativo de contratación (Art. 83 de la LOPSRM):

- Los términos del acto por medio del cual se llama al concurso, ya sea de forma pública y universal (convocatoria a la licitación), y sus juntas de aclaraciones; o bien de forma restringida e individual (invitación a cuando menos tres personas).

Este primer supuesto de procedencia de la instancia estimamos que no es un acto definitivo, sino uno previo. No obstante, en nuestra opinión, es correcto conservar la posibilidad de impugnación inmediata de actos previos, tales como la convocatoria, la invitación restringida y sus juntas de aclaraciones, a fin de no agregar elementos de incertidumbre jurídica a los procedimientos contractuales, lo que estimamos podría ocurrir si hasta emitido el fallo y adjudicado el contrato se presentan argumentos de impugnación de la legalidad de las reglas que normaron la licitación, lo que, de resultar fundado, produciría la nulidad total del procedimiento.

- El acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo.

Previamente a la reforma de mayo de 2009, el acto de presentación y apertura de proposiciones era un supuesto de procedencia de la instancia de inconformidad diversa del fallo, que en aras de una mayor concentración, quedaron ubicados en una sola hipótesis.

- La cancelación de la licitación.

Este caso es una novedad de la reforma de 28 de mayo de 2009, ya que la anterior regulación no la contemplaba, a pesar de que es un acto que pone fin al procedimiento administrativo de contratación. Por esta razón, la práctica daba lugar a que el criterio de las autoridades de la Secretaría de la Función Pública haya sido en el sentido de que ese acto no resultaba atacable en la instancia de inconformidad, sino en el recurso de revisión previsto por la LFPA o en sede jurisdiccional directamente, puesto que el mismo pone fin al procedimiento administrativo y no está exceptuado de la procedencia de recurso alguno, como sí lo está el fallo por disposición

expresa del artículo 37 de la LAASSP y 39 de la LOPSRM. Por esta misma razón, una disposición similar a la contenida en los anteriores artículos se incorporó respecto de los penúltimos párrafos de los artículos 38 de la LAASSP y 40 de la LOPSRM, que dicen: *“La determinación de dar por cancelada la licitación, (partidas o conceptos), deberá precisar el acontecimiento que motiva la decisión, la cual se hará del conocimiento de los licitantes, y no será procedente contra ella recurso alguno, sin embargo podrán interponer la inconformidad en términos de esta Ley.”*

- Los actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley.

Este tampoco puede estimarse como un acto definitivo del procedimiento de licitación pública, puesto que el mismo concluye con la emisión del fallo, y la suscripción del contrato es una mera formalización de los derechos y obligaciones que para las partes nacen desde el fallo mismo, tal como lo prevé el artículo 39 de la LOPSRM: *“Con la notificación del fallo por el que se adjudica el contrato, las obligaciones derivadas de éste serán exigibles, sin perjuicio de la obligación de las partes de firmarlo en la fecha y términos señalados en el fallo.”*

b) *Se deduce en la instancia de inconformidad un interés legítimo, no jurídico, como en el recurso de revisión*

Debe establecerse que para acudir a la instancia resulta suficiente acreditar un interés legítimo, en oposición a un interés jurídico o a un interés simple. Esto, con la finalidad de que exista un mayor control de los actos de los servidores públicos, al ampliar las posibilidades de impugnación por parte de un mayor número de participantes.

Resulta trascendente este punto, puesto que en los procedimientos de contratación los particulares no cuentan con un interés jurídico propiamente dicho, ya que la actuación pública no les provoca un agravio personal y directo, al no causarles privación o afectación de derechos adquiridos en su esfera jurídica personal.

El interés legítimo, siendo de menor grado que el jurídico, al no requerir la defensa de un derecho subjetivo, según la jurisprudencia de la Corte ya citada párrafos arriba, presenta también una cuestión a debatir: ¿Debe el promovente de la inconformidad acreditar que el resultado del medio de impugnación le aportará un beneficio directo en caso de resultar favorable a su pretensión?

De asumirse esa postura, prácticamente se descartaría la posibilidad de eliminar la impugnación de bases, puesto que en los casos en que resultan fundadas dichas controversias se provoca la nulidad total de la licitación, lo que a nadie aprovecha, al menos no en forma directa. Tampoco, por ejemplo, en los casos en que una proposición resulta desechada, y su oferente no impugna tal descalificación, sino sólo la adjudicación a un ganador que estima no cumple las condiciones de bases. En este supuesto, tampoco gana nada el inconforme, sino la satisfacción de su derecho a la legalidad expresado en un procedimiento concursal tramitado bajo principios de igualdad y equidad.

Por lo anterior, la legitimación proviene de la posición cualificada del inconforme respecto del acto combatido. Al respecto, el artículo 83 de la LOPSRM dispone que cuentan con interés legítimo:

- Respecto de la convocatoria a la licitación, y las juntas de aclaraciones, quienes hayan manifestado su interés por participar en el procedimiento.
- Respecto de la invitación a cuando menos tres personas, quien haya recibido invitación.
- Respecto del acto de presentación y apertura de proposiciones y el fallo, está legitimado quien hubiere presentado proposición.
- Respecto de la cancelación de la licitación, sólo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición.
- Respecto de los actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato, sólo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado. En este caso estimamos que es el único que ventila un auténtico interés jurídico, es decir, un derecho subjetivo ya adquirido por el licitante en el acto de fallo.

Además, en los casos en que las proposiciones fueran conjuntas (diversas empresas se unen para presentar una oferta, sin constituir nueva sociedad), la inconformidad sólo será procedente si se promueve conjuntamente por todos los integrantes de la misma, y no separadamente cada una de ellas, lo que hace que opere una legitimación por *litis consorcio activo necesario*.

c) Debe agotarse la inconformidad para acudir a la vía jurisdiccional

La LFPA establece expresamente que el recurso de revisión, al igual que prácticamente todos los recursos administrativos, son optativos, lo cual

implica que la vía jurisdiccional contenciosa está expedita para los particulares sin necesidad de agotar previamente el recurso.

Esta circunstancia no se presenta en el caso de la instancia administrativa de inconformidad, por lo cual afirmamos que su agotamiento sí es necesario para asistir al foro judicial, en el cual impera el principio de definitividad, es decir, que se hayan agotado previamente los medios ordinarios de defensa.

Al respecto, los artículos 92 y 93 de la LOPSRM disponen que contra la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad y al incidente de verificación del acatamiento de sus resoluciones, podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

De esta forma corroboramos también la conclusión de que la inconformidad es una instancia y no un recurso administrativo, puesto que contra ella sí procede, ahora sí, el recurso de revisión, el cual sí es optativo.

IV. Conclusión final

La instancia de inconformidad en materia de contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas es un medio de control de legalidad en sede administrativa *sui géneris*, puesto que su funcionamiento material se acerca más a un auténtico control jurisdiccional externo que a las características propias de los recursos administrativos, medios tradicionales de autotutela interna de la administración.

Ahora bien, si ya en el sistema jurídico mexicano existe el juicio contencioso administrativo, ¿Para qué el legislador habría de crear medios jurisdiccionales alternos para controlar actos administrativos? Las respuestas pueden ser las siguientes:

- La necesidad de especialización en una materia de gran trascendencia para el regular funcionamiento de la administración pública, puesto que la ágil actividad contractual del Estado le permite actuar eficazmente para la satisfacción de las necesidades colectivas.
- Por el impacto que las contrataciones públicas federales tienen en la economía nacional. Baste tener presente que alrededor del 25% del Presupuesto de Egresos de la Federación se ejerce vía aplicación de la LAASSP y la LOPSRM.

- Por la necesidad de que dicho procedimiento sea verdaderamente expedito, puesto que las cargas de trabajo de los tribunales alargan la solución de las controversias que ante ellos se plantean.
- Para que los términos de su trámite, resolución y ejecución de sus resoluciones sean mínimos, de lo contrario se corre el riesgo de que los asuntos queden sin materia por el transcurso del tiempo, puesto que los contratos se ejecutan velozmente y no deben quedar paralizados en virtud de controversias que los mantengan *subjúdice*.

Por todo lo expuesto, se advierte que el legislador federal plantó en la reforma de 28 de mayo de 2009 la semilla para la posterior creación de un tribunal administrativo especializado en contrataciones públicas, tal como los que existen en gran parte de los países con los cuales México tiene relaciones comerciales.

V. Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, HERRÁN SALVATTI, Mariano, VENEGAS HUERTA, Francisco J., *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal* comentadas doctrina, legislación y jurisprudencia, 7a. ed., México, Porrúa, 2003.

AMAYA BARÓN, Ismael, *Los medios de impugnación en los procedimientos de contratación del Estado*, 1a. ed., México, Ángel Editor, 2008.

BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997.

DELGADILLO, Luis H., *Elementos de Derecho Administrativo primer y segundo curso*, México, Limusa, 2004.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo*, memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, UNAM, 2005.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Diccionario de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, UNAM, 2003.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier, *Contratos administrativos, culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo del Distrito Federal*, México, Porrúa, UNAM, 2009.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 32a. ed., México, Porrúa, 1993.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6a. ed., Oxford University Press-Harla México, julio 1998.

_____, *Teoría General del Proceso*, 9a. ed., Oxford University Press México, marzo 2000.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, *International Public Procurement*, Globe Law and Business, 2009.

ITURBE RIVAS, Arturo, *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 2004.

LUCERO ESPINOSA, Manuel, *La licitación pública*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003.

MARGAIN MANAUTOU, Emilio, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, 13a. ed., México, 2006.

_____, *Introducción al estudio del Derecho Administrativo Mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2004.

MEADE HERVERT, Christian, *Licitación pública y medios de defensa*, México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, diciembre 2002.

OLVERA QUINTERO, Jorge, *Manual de licitaciones del sector público federal inconformidades en materia de contratación*, 1a. ed., México, Cárdenas Editor, 2001.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 8a. ed., Oxford University Press México, julio 1999.

_____, *Teoría General del Proceso*, 4a. ed., Oxford University Press México, septiembre 1999.

RAMOS TORRES, Daniel, *Los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos y servicios*, Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, México, septiembre 2007.

TRON PETIT, Jean Claude, ORTIZ REYES, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.

TRON PETIT, Jean Claude, *Argumentación en el Amparo, esquema formal de los conceptos de violación y las sentencias de amparo*, México, Porrúa, 2009.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

ZAVALA CHAVERO, Roberto, HARO BÉLCHEZ, Guillermo Javier, MATUTE GONZÁLEZ, Carlos F., LLAMAS CARRASCO, José Alfredo, MONTALVO GOCHICOA, Juan Antonio, MARRÓN AGUILAR, José Luis, GARAY ESPINOSA, Alejandro, TREVIÑO MORENO, Francisco J., *La obra pública en el Estado mexicano*, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2007.