



CONOZCA MÁS
SOBRE LA FIRMA
DEL AUTOR

DE TRASCENDENCIA

Contratación pública con freno

México evitará la corrupción presente durante décadas en la contratación pública con una nueva ley, entérese de qué manera.



Para la mayoría de la población existe la percepción de que la contratación pública, entendida como *la selección y celebración de acuerdos del Estado con sus proveedores de bienes y servicios, así como con sus contratistas de obras públicas y servicios relacionados con esta última*, sufre de un grave mal: las prácticas indebidas de los actores que la realizan (gobierno y particulares), caracterizándola en términos generales como una actividad llena de vicios y corruptelas.

No es coincidencia que las noticias “candentes” de la prensa estén relacionadas con contratos de gobierno en los que, entre otros, existen colusiones entre funcionarios y particulares, compras excesivamente cuantiosas por bienes simples, así como dádivas y beneficios extraordinarios de funcionarios a los particulares.

Es por eso que el Ejecutivo Federal propuso la iniciativa de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP) desde hace aproximadamente dos años, misma que finalmente se firmó como decreto el pasado 8 de junio del 2012 y se publicó el 11 del mismo mes y año.

Si bien es lamentable que el Congreso de la Unión sin causas aparentemente de fondo haya detenido tanto tiempo una ley tan importante, es claro que el dicho “más vale tarde que nunca” aplica al caso analizado.

En este artículo el licenciado Roberto Hernández García¹ tratará los contenidos principales de la LFACP.

Contenido

GENERALIDADES

La Ley establece las responsabilidades

y sanciones a imponerse a las personas físicas y morales, de nacionalidad mexicana y extranjeras, por las infracciones en que incurran con motivo de su participación en las contrataciones públicas de carácter federal previstas en ella, así como aquéllas aplicables a esos mismos sujetos, pero únicamente de nacionalidad mexicana, por lo referente a las transacciones comerciales internacionales previstas la LFACP.

Este ordenamiento también tiene por objeto regular el procedimiento para determinar las responsabilidades y aplicar las sanciones, así como prever las autoridades federales competentes para interpretar y aplicar esta nueva norma.

Contrataciones públicas de carácter federal

La Ley define “contrataciones públicas de carácter federal” como: *los procedimientos de contratación, sus actos previos, y aquéllos que deriven de la celebración, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma, que lleven a cabo las instituciones públicas contratantes a que se refiere la fracción VIII del artículo 3o de la Ley, en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas y con independencia*

del régimen especial de contratación o del esquema que se utilice para su realización. Se considerarán incluidos los actos y procedimientos relativos a concurso o convocatoria o licitación pública para el otorgamiento de permisos y concesiones de carácter federal o su prórroga, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con las contrataciones públicas.

Para tener una mayor claridad, las



“La LFACP es un ordenamiento sumamente oportuno en un momento crítico de la vida nacional e internacional.”

Licenciado Roberto Hernández García
Socio director de
COMAD, SC

¹ Abogado especializado en contratación pública y compliance corporativo. Socio director de COMAD, SC, Firma de Abogados. Reconocido a nivel internacional por publicaciones internacionales. Presidente del Comité Anticorrupción de la International Chamber of Commerce, México. Coordinador Regional para Latinoamérica del Comité Anticorrupción de la International Bar Association. Testigo social acreditado por la Secretaría de la Función Pública (SFP)

instituciones públicas contratantes a que se refiere la fracción VIII del artículo 3o de la Ley son (entre otras):

- las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal
- los fideicomisos públicos no paraestatales, los mandatos y contratos análogos
- la Procuraduría General de la República (PGR)

De esta definición destacan dos aspectos fundamentales:

- la Ley no limita la contratación pública a los procedimientos de contratación y a los contratos, sino *a todos los actos anteriores y derivados de los mismos*
- se entiende por procedimientos de contratación (licitación pública, invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa), a los contratos de adquisiciones, servicios, arrendamientos, obra pública o servicios relacionados con la obra pública, a todas las contrataciones y contratos que deriven de leyes especiales de contratación, tales como la Ley de PEMEX, la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP), así como a todas aquellas normas que regulan las contrataciones del Estado a nivel federal, lo que literalmente abre un abanico de posibilidades enorme, pues no se limita a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), pues se extiende a todas las actividades llevadas a cabo por el Estado para satisfacer sus necesidades en este sentido

SUJETOS

En un impresionante catálogo descriptivo, la LFACP establece que puede aplicarse, entre otros, a tres tipos de sujetos, los:

- *directamente interesados en la contratación pública*: personas físicas o morales, mexicanas o extranjeras, que participen en las contrataciones públicas de carácter federal, en su calidad de interesados, licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos
- *indirectamente relacionados con la contratación pública*: accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apoderados, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o aquéllos que con cualquier otro carácter intervengan en las contrataciones públicas materia de la Ley a nombre, por cuenta o en interés de las personas a que se refiere el punto anterior
- *participantes de manera directa o indirecta en el desarrollo de transacciones comerciales internacionales en los términos previstos en la LFACP*

Cabe destacar, en el listado de la Ley, la presencia de sujetos que literalmente no se relacionan con la participación directa en la contratación pública, así como de quienes

Algunos términos básicos en la contratación:

- **CompraNet**: es el sistema electrónico de información público gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público federal, así como de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, que lleva la Secretaría de la Función Pública
- **Licitante**: la persona que participe en cualquier procedimiento de licitación pública o bien de invitación a cuando menos tres personas (LAASSP y LOPSRM)
- **Concurante**: persona que participa en algún concurso que tenga por objeto la adjudicación de un proyecto de asociación público-privada (LAPP)
- **Proveedor**: de celebrarse un contrato de resultar ganador el licitante, tratándose de adquisiciones, arrendamientos o servicios (LAASSP)
- **Contratista**: igual que en el punto anterior pero cuando dicho contrato versa sobre obras públicas o de servicios relacionados (LOPSRM)

no intervienen en la relación contractual, tales como, dentro de los enunciados en los puntos anteriores, los interesados, invitados, proveedores, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores y subcontratistas que pueden usarse en forma indebida como agentes de corrupción, y es por ello que se incluyen.

AUTORIDADES COMPETENTES

La SFP, así como los titulares de los órganos internos de control y los titulares de las áreas de quejas y de responsabilidades de dichos órganos, serán las competentes para la investigación, tramitación, sustanciación y resolución, en su caso, del procedimiento y recurso establecidos en la Ley, determinar las responsabilidades que deriven de la misma y aplicar las sanciones correspondientes, sin perjuicio de las facultades que tienen otras autoridades para interpretar y aplicar la Ley en el ámbito de su competencia natural, como el Congreso de la Unión, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y la Suprema Corte de Justicia de la Unión, entre otras.

CONDUCTAS SANCIONABLES

Los sujetos indicados incurrirán en responsabilidad cuando en las contrataciones públicas de carácter federal, directa o indirectamente, realicen alguna o algunas de las infracciones siguientes:

- prometan, ofrezcan o entreguen dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a



cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, *independientemente de la aceptación o recepción del dinero o de la dádiva o del resultado obtenido*. Se incurrirá asimismo en responsabilidad, cuando la promesa u ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva se haga a un tercero, que de cualquier forma intervenga en el diseño o elaboración de la convocatoria de licitación pública o de cualquier otro acto relacionado con el procedimiento de contratación pública de carácter federal.

Destaca que, independientemente de que el acto de corrupción surta efectos negativos o positivos, *el simple hecho de intentar la acción implica que la irregularidad se entienda cometida*. Este principio lo contiene el tipo penal de cohecho en muchas legislaciones, incluyendo la penal federal

- ejecuten con uno o más sujetos, acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener un beneficio o ventaja indebida en las contrataciones públicas de carácter federal.

Un ejemplo claro de ello son los denominados *cárteles o clubes* en los cuales varios licitantes se ponen de acuerdo para controlar los precios de una licitación o *arreglar* quiénes serán los ganadores de ésta. Esta actividad, pasó de ser sancionable conforme a los principios de competencia económica, a una conducta considerada como *corrupta*, situación que a juicio del autor es correcta, pues se estima que estos grupos siempre manejan estas conductas en confabulación con las entidades y dependencias contratantes

- realicen actos u omisiones que tengan por objeto o efecto participar en tales contrataciones, no obstante que por disposición de ley o resolución administrativa se encuentren impedidos para ello; o evadir los requisitos o reglas establecidos en las contrataciones públicas de carácter federal o simulen el cumplimiento de éstos.

Esta última conducta parece sumamente peligrosa para aquellas empresas que presentan durante las etapas de licitación requisitos que no pueden cumplir y pueden ser materia de reclamaciones o acciones ulteriores

- intervengan en nombre propio, pero en interés de otra u otras personas impedidas para participar en contrataciones públicas de carácter federal, con la finalidad de que esta o estas últimas obtengan, total o parcialmente, los beneficios derivados de la contratación.

La sanción a estos dos supuestos se debe a la sistemática forma en que las personas físicas y morales sancionadas en términos de la LAASSP y la LOPSRM, evaden dicha medida a través de la constitución de nuevas sociedades y el uso de prestanombres, entre otras medidas

- obliguen, sin tener derecho a ello, a un servidor público a dar, suscribir, otorgar, destruir o entregar un documento o algún bien, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja o beneficio
- promuevan o usen su influencia, poder económico o político (ya sea real o *ficticio*), sobre cualquier servidor público, con el propósito de obtener para sí o un tercero un beneficio o ventaja, con independencia de su aceptación o del resultado obtenido.

En este supuesto, destaca el término *ficticio*, el cual aplicaría a las personas que presumen conocer a un sujeto implicado en la toma de decisiones para que se le beneficie o den prebendas sin tener derecho a ellas

- presenten documentación o información falsa o alterada con el propósito de lograr un beneficio o ventaja
- cuando en alguna transacción comercial internacional, por sí o a través de un tercero, se prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva indebida a un servidor público extranjero o a un tercero, a cambio de que tal servidor realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro funcionario extranjero, con la finalidad de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o del resultado obtenido.

Esta conducta es equivalente al *cohecho internacional* previsto en el Código Penal Federal, como consecuencia de la *Convención contra el cohecho* suscrita por México en el Marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que si bien tenía implicaciones meramente penales, con la LFACP se generan también sanciones administrativas claras

En términos generales, destacan varios elementos de las conductas sancionables: *son sumamente amplias y tratan de abarcar acciones y omisiones que hasta la fecha se habían utilizado para evadir la justicia, inclusive llegando al grado de sancionar situaciones calificadas como ficticias*.

DENUNCIA Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

La Ley describe claramente dos etapas:

- una, de investigación que tendrá como origen en términos generales una denuncia (la ley en forma algo extraña reconoce que esta figura se podrá utilizar “entre otras formas” sin señalar cuáles son éstas, y ni expresamente mencionar la investigación de oficio)
- otra, si de la investigación se desprenden elementos que configuren una conducta sancionable, un procedimiento sancionador

Denuncia

La LFACP reconoce cinco tipos de denuncias:

- vía COMPRANET
- por instituciones públicas contratantes o por cualquier

otra autoridad (es una obligación de los servidores públicos denunciar actos que sean presumiblemente sancionables)

- denuncias:
 - de particulares
 - anónimas
 - internacionales

Tanto los particulares como las instituciones públicas contratantes atenderán los requerimientos que haga la SFP sobre los hechos investigados, siendo inclusive obligatorio proporcionar la información considerada como reservada, con lo cual *se establece una clara excepción al artículo 70 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.*

En el evento de que no se encuentren elementos, la investigación concluirá. En caso contrario, se procede como se acota en seguida.

Procedimiento administrativo sancionador
Consiste esencialmente en:

- inicio del procedimiento a través de un oficio mediante el cual se notifica dicha situación
- la manifestación del presunto infractor de lo que a su derecho convenga sobre la irregularidad imputada, ofreciendo pruebas. Si no contesta, se tendrán como aceptados los hechos. De admitir aquélla, se reducen las sanciones aplicables hasta en un 50%
- alegatos
- resolución

En este procedimiento se podrán aplicar supletoriamente tanto la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPCA) como el Código Federal de Procedimientos Civiles, y las sanciones podrán recurrirse en términos de la primera Ley enunciada.

El período de investigación reviste una serie de importantes interrogantes:

- ¿qué otros tipos de acciones serán consideradas como suficientes para iniciar una investigación además de las denuncias?
- ¿qué sucederá con la información confidencial en términos de las leyes de propiedad intelectual y propiedad industrial?
- ¿en qué medida el desacato a las investigaciones será sancionado?

Por lo que respecta al procedimiento en sí mismo, es sumamente claro y sencillo, más se debe informar a los sujetos que proporcionaron la información y a los cuales se les iniciará un procedimiento los derechos que tendrán.

SANCIONES

Si se atiende a diversas consideraciones específicas del sujeto considerado como responsable de incurrir en infraccio-

nes a la Ley, se les sancionará de la siguiente forma, si son personas:

- *físicas*: de 1,000 a 50,000 veces el salario mínimo general vigente para el DF (SMGVDF), es decir, de \$62,330.00 a \$3'116,500. La cantidad máxima puede incrementarse hasta en un 50%, si se acredita que el beneficio obtenido es mayor al límite máximo. También aplica inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por un período no menor de tres meses ni mayor de ocho años
- *morales*: de 10,000 a 2'000,000 de veces el SMGVDF, es decir de \$623,300.00 a \$124'660,000.00. También puede haber inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de 10 años

Tratándose de permisos, concesiones, autorizaciones o trámites relacionados con contrataciones públicas federales o transacciones comerciales internacionales, la multa máxima prevista en el párrafo anterior podrá incrementarse hasta en un 50% cuando existan elementos objetivos para determinar por parte de la autoridad competente que el beneficio obtenido por el infractor fue superior a la multa máxima.

Para el caso de contrataciones públicas federales realizadas, en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas, si la multa máxima prevista en el punto referente a las personas morales resulta menor al 30% del monto del contrato, se impondrá multa de entre el 30 y hasta el 35% del monto del contrato si este último le fue adjudicado al infractor.

Resulta sumamente interesante que las sanciones mayores se les imponen a los concesionarios, así como a quienes ya se les hubiese adjudicado un contrato, pues precisamente lo pretendido es desmotivar a las personas que incurrir en estos actos, para hacer un costo-beneficio de sus acciones irregulares en relación con las sanciones fijadas.

Carácter de crédito fiscal

Las multas determinadas en términos de esta Ley, tendrán ese carácter y se fijarán en cantidad líquida, sujetándose al procedimiento administrativo de ejecución que establece la legislación aplicable.

Para tomar en cuenta

- *En ningún caso podrá decretarse la suspensión de la inhabilitación*, aun en el caso de que el infractor opte por el procedimiento contencioso administrativo, generando una verdadera excepción a la LFPCA
- las *facultades* de las autoridades competentes para imponer las sanciones administrativas previstas en esta Ley *prescribirán en un plazo de diez años*
- las dependencias y entidades, así como la PGR no podrán otorgar a las personas sancionadas en términos de esta

Ley, durante el *plazo en que éstas se encuentren inhabilitadas, o con subsidios, donativos u otros beneficios* previstos en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público y en los demás ordenamientos aplicables

- cuando se impongan a una misma persona dos o más inhabilitaciones en diversas contrataciones públicas de carácter federal, *aquellas se aplicarán en forma sucesiva*, de manera tal que una vez agotado el plazo de la primera, comenzará la aplicación de la segunda y así sucesivamente. La misma regla aplicará tratándose de transacciones comerciales internacionales

Reducción de sanciones

Los infractores de la Ley o que se encuentren participando en la comisión de infracciones, podrán confesar su responsabilidad con el objeto de acogerse al beneficio de reducción de sanciones previsto, que dependiendo del caso, tendrá por efecto *una reducción de entre el 50 y el 70%* del monto de las aplicables al responsable.

Conclusiones

La LFACP resulta ser un ordenamiento sumamente oportuno en un momento crítico de la vida nacional e internacional. Existe una importante tendencia a combatir este mal, tomando en cuenta que a la situación financiera internacional no se le debe añadir la impunidad de actores del comercio que no tienen el menor empacho en actuar con medidas obscenas en perjuicio del derecho mercantil y las finanzas públicas.

A estos actores se les suman los grandes corporativos nacionales e internacionales que están claramente en la mira de esta Ley, pues conforme a ésta, se otorgan a la SFP facultades para solicitar a un Estado extranjero la información necesaria para investigar y sustanciar el procedimiento administrativo sancionador por lo que se refiere a sus nacionales en los términos previstos en los instrumentos internacionales de los que ambos Estados sean parte y demás ordenamientos aplicables.

Se espera que la LFACP tenga muchos éxitos y embates, porque ello implicará que las autoridades competentes la aplicarán para perseguir y sancionar los tan perjudiciales actos de corrupción.

No obstante, uno de los puntos críticos que tiene la Ley se encuentra escondido en su segundo transitorio que dice: *“La implementación de esta Ley deberá realizarse con los recursos humanos, materiales y presupuestarios asignados a la Secretaría de la Función Pública, a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a la Procuraduría General de la República, así como a las demás autoridades facultadas para aplicar dicho ordenamiento, por lo que no implicará erogaciones adicionales.”* Ello implica que la SFP y la administración pública deberán que enfrentar la Ley con los recursos actuales, agregándose mayor carga a las atribuciones preexistentes, así como asumir capacitación y riesgos que no tenían con anterioridad.

En este orden de ideas, a la LFACP le esperan muchos retos, pero el hecho de que México lance una señal nacional e internacional contra este mal, es, por el momento, un gran avance por sí mismo. 