

**ESTUDIO JURÍDICO A LA CORRUPCIÓN EN LOS  
CONTRATOS GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES.**

**XIX**  
**CONGRESO**  
**INTERNACIONAL**  
**DE**  
**CONTADURÍA**  
**ADMINISTRACIÓN**  
**E**  
**INFORMÁTICA**

**Área de investigación: Ética y organizaciones**

**Norma Estela Pimentel Méndez**  
Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla  
normapimentel@hotmail.com



Octubre 8, 9 y 10 de 2014 ◆ Ciudad Universitaria ◆ México, D.F.



**ANFECA**  
Asociación Nacional de Facultades y  
Escuelas de Contaduría y Administración



## ESTUDIO JURÍDICO A LA CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS GUBERNAMENTALES INTERNACIONALES.

### RESUMEN

El fenómeno de la corrupción en la contratación gubernamental es un problema que debe enfrentarse desde la perspectiva nacional e internacional. El presente estudio presenta un análisis a las regulaciones en el orden jurídico nacional, así como a principios internacionales, convenios y acuerdos signados por México para el combate a la corrupción en lo general así como en lo que corresponde a la celebración de contratos administrativos. Se propone el estudio desde una aproximación a las obligaciones económico-comerciales que se han contraído a nivel internacional, por la interdependencia económica de nuestro país con mercados internacionales. En estas relaciones, la posición de OrganisationforEconomic Co-operation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE) se ha caracterizado, por abanderar propuestas para que se incrementen las relaciones comerciales internacionales así como los contratos públicos internacionales. Un elemento primordial para lograr el aumento en estos procedimientos internacionales es lograr verdadera certeza en las relaciones entre el Estado y los proveedores.

**Palabras clave:** Corrupción, ética en organizaciones, administración pública, contratos gubernamentales, cultura legalidad.



## **Estudio jurídico a la corrupción en los contratos gubernamentales internacionales. Introducción.**

La OCDE ha señalado que las restricciones en las licitaciones internacionales reducen la competencia y aumentan los precios, por lo que los procedimientos internacionales sólo representan el 34,6%<sup>1</sup> de la contratación pública, a pesar de que bajo su perspectiva, debería ser más alta la porción de bienes, servicios y construcciones suministrada por proveedores internacionales. Su conclusión se enfoca a que las entidades gubernamentales de México, deberían aprovechar e incrementar la competencia internacional en estos mercados. Sin embargo, un factor primordial para lograr el incremento en estas relaciones comerciales es la seguridad jurídica para la celebración de estos compromisos internacionales, respecto de las reglas en los procedimientos, así como de las normas para para asegurar la prevención a los actos de corrupción.

### **1. Revisión a la normatividad nacional e internacional en torno a los contratos gubernamentales**

Para la celebración de los contratos públicos internacionales se requiere del análisis a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma (LOPSRM), que establecen los requisitos para su celebración, mismos que se complementan con la aplicación de los Reglamentos respectivos a cada Ley, así como por diversas Reglas dictadas por la Secretaría de Economía para regular los procedimientos de licitación pública<sup>2</sup>.

En los cuerpos normativos mencionados se reconoce la aplicación de Tratados Internacionales, en particular, aquellos que contienen un título o capítulo especial en materia de contratación gubernamental. En el Cuadro No.1 Tratados Internacionales con capítulo de contratación gubernamental, se identifican los países con los que México ha celebrado acuerdos de esa naturaleza. En general estos Tratados establecen reglas para realizar la valoración económica de las compras, identificar la sujeción al mismo por medio de umbrales, la obligación de aplicar el principio de trato nacional y no discriminación, las reglas adicionales a la legislación para el procedimiento de licitación pública, los bienes que se consideran incluidos o excluidos bajo reglas especiales, la posibilidad de incluir

<sup>1</sup> Foro Global en Competencia, sesión V, Colusión y corrupción en procuración pública, contribución de México, 20 de enero de 2010, recuperado en <http://www.oecd.org/dataoecd/39/11/44512059.pdf> La OCDE indica que en 2008 el Ministerio de Administraciones Públicas (Secretaría de la Función Pública), registró 70,230 contratos federales de contratación pública, que sumaron 59 billones de dólares. La cifra en dólares la obtuvo con la conversión de 11.13 pesos por dólar. De lo anterior se puede concluir que el gasto en contratos públicos para el ejercicio 2008 osciló sobre los 656.67 billones de pesos, de los cuales el 34.6% es decir, 228 billones de pesos (20 billones de dólares aproximadamente) fueron destinados a contratos internacionales.

<sup>2</sup> Reglas para la celebración de licitaciones públicas internacionales bajo la cobertura de tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos Mexicanos (DOF el 28-12-10). Reglas para la aplicación del margen de preferencia en el precio de los bienes de origen nacional, respecto del precio de los bienes de importación, en los procedimientos de contratación de carácter internacional abierto que realizan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal (DOF 28-12-10). Reglas para la aplicación del margen de preferencia en el precio de los bienes de origen nacional en procedimientos de carácter internacional (DOF 12-07-04, DOF 20-01-06). Reglas para la celebración de licitaciones públicas internacionales, de conformidad con los Tratados de Libre Comercio (DOF 28-02-03, DOF 02-04-03).



procesos de negociación, entre otros aspectos. En el cuadro se observan aspectos particulares que se consideran importantes para mejorar las relaciones comerciales internacionales en materia de contratos gubernamentales.

**Cuadro No. 1:** Tratados de Libre Comercio (TLC) con capítulo de contratación gubernamental

<b>Documento Internacional. Capítulo.</b>	<b>Países miembros.</b>
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Capítulo X (Diario Oficial de la Federación (DOF) 20-12-1993)	México, Canadá y Estados Unidos de Norte América. El apartado “Plazos para la licitación y entrega de bienes” incluye “Disciplinas de negociación” entre los licitantes. Mediante anexo se enlistan entidades, bienes y servicios incluidos así como excluidos por cada país. <sup>3</sup>
TLC entre Estados Unidos Mexicanos, República de Colombia y República de Venezuela, Capítulo XV (DOF 09-01-1995)	México, Colombia y Venezuela; desde el 19-11-2006 Venezuela no participa. Solución de controversias por Tribunal Arbitral. Posibilidad de negociaciones futuras con miras a lograr la liberación ulterior de mercados.
TLC entre Estados Unidos Mexicanos y República de Costa Rica, Capítulo XII (DOF 10-01-1995)	México y Costa Rica. Posibilidad de negociaciones futuras para liberación ulterior de sus respectivos mercados
TLC Estados Unidos Mexicanos y Gobierno de República de Nicaragua, Capítulo XV, (DOF 01-07-1998)	México y Nicaragua Posibilidad de negociaciones futuras para liberación ulterior de sus respectivos mercados Se establecen contratos de investigación y desarrollo. Mecanismos de transición similares al TLCAN (respecto de PEMEX, CFE, y construcción para el sector no-energético y empresas similares de Nicaragua).
TLC Estados Unidos Mexicanos y Estado de Israel, Capítulo VI, (DOF 28-06-2000)	México e Israel Se observa cambio en el formato utilizado. Disposiciones transitorias para PEMEX, CFE, y construcción para el sector no energético (con porcentajes de inclusión diferidos a ocho años, hasta llegar a reserva

<sup>3</sup> En el Anexo 1001.2<sup>a</sup> Mecanismos de transición para México, se incluye la reserva para participación de contratos de PEMEX, CFE y construcción para el sector no-energético, diferida a porcentajes por años. A partir de 2003 en adelante, el porcentaje de reserva que se toleraría sería el 0%, conservándose los valores de umbrales económicos planteados para los tres países. Lo anterior obligaba a México a realizar modificaciones legales para permitir la participación de las empresas de países miembros sobre estos rubros, fundamento velado para la Reforma Energética que sigue en debate. Algo similar ocurrió en el caso de compras de productos farmacéuticos, en donde la participación en México se reservó hasta 2002 respecto de todos los productos que a la fecha del Tratado no estuvieran patentados en México o cuyas patentes mexicanas hubieran expirado, lo que generó diversas obligaciones para nuestro país. DECRETO de promulgación del TLCAN, DOF 20-12-93, p. 236, visible en el sitio oficial <http://proteo2.sre.gop.mx/tratados/archivos/1.TLCAN.pdf>



	del 0%). Entrada de compras farmacéuticas hasta alcanzar el octavo año de aplicación del tratado. Régimen de exclusiones permanentes
Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y Comunidad Europea y Estados Miembros, Título V (DOF 26-06-2000)	México y los Estados Miembros de la Comunidad Europea Además del cambio en el formato, similar al caso de Israel, se incluye la apertura gradual y recíproca de los mercados de contratación pública acordados sobre una base de reciprocidad.
TLC Estados Unidos Mexicanos y Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, Capítulo V, (DOF 29-06-2001)	México y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (ALEC) Obligación de notificar cuando haya sido efectivamente eliminado el control gubernamental en la privatización de Entidades
Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y Japón, Capítulo 11, (DOF 31-03-2005)	México y Japón Los anexos son tan nutridos de información como el propio acuerdo, toda vez que regula entidades, bienes, servicios, servicios de construcción, umbrales, notas generales de México, publicaciones, procedimientos de compra
TLC Estados Unidos Mexicanos y República de Chile, (DOF 27-07-1999). Protocolo por el que se adiciona el Capítulo de Compras del Sector Público (DOF 27-07-1999)	México y Chile Restrictivo de compras gubernamentales, excluye la aplicación de estas para el comercio transfronterizo de servicios (Capítulo 10) Disposiciones transitorias para PEMEX, CFE, y construcción para el sector no energético (con porcentajes de inclusión diferidos a 10 años, hasta llegar a reserva del 0%). Entrada de compras farmacéuticas hasta alcanzar el año 9 de aplicación del tratado. Régimen de exclusiones permanentes para México.

**Fuente:** Elaboración propia de acuerdo a información recuperada de cada instrumento en el sitio web oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores <http://www.sre.gob.mx/tratados/>

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del artículo 133 Constitucional<sup>4</sup>, permite ubicar a estos Tratados, con las reglas para las relaciones que regulan las compras gubernamentales, por debajo de la Constitución, pero por encima de las Leyes Federales y Generales, situación por la cual, en el supuesto de licitaciones públicas en la que participen empresas que cumplan con los requisitos de nacionalidad y se encuentren los dentro de los montos de los contratos públicos, bajo los umbrales señalados para cada situación en particular, será necesario que los servidores públicos que participen

<sup>4</sup> Tratados Internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal. Tesis aislada P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46



en estos procedimientos, conozcan y apliquen el contenido de estos documentos para cumplir con la totalidad de la reglamentación, evitando posibles mecanismos de defensa por la falta de aplicación de las normas contenidas en los mismos. Así las cosas, si nuestro sistema jurídico (leyes, reglamentos, normatividad administrativa) establece situaciones contrarias a las que se estipulan en los tratados, imperarán los acuerdos internacionales y modificarán la manera en que se den las relaciones entre oferentes extranjeros y servidores públicos nacionales.

Lo anterior sin considerar que derivado de la reforma acaecida en junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), reviste mayor importancia contar con un régimen eficiente para otorgar total certeza en la tutela de los derechos humanos de las personas que tienen interés en convertirse en contratistas o proveedores del Estado, independientemente de los derechos que les sean reconocidos por la propia Constitución y las leyes secundarias. Esta reforma es importante para lograr el resguardo de las relaciones contractuales, mismas que en este país son de naturaleza neoliberal, tal y como lo considera Hegewisch, quien asigna como características de la contratación neoliberal, la legalidad en la actividad contractual así como la posibilidad de acudir a un procedimiento arbitral<sup>5</sup>.

Para tener una aproximación adecuada al sistema internacional público, se requiere el análisis a las regulaciones del comercio internacional, pues el derecho de los Estados no ha podido responder cabalmente a las exigencias de comerciantes y consumidores, lo que ha impulsado alternativas conocidas bajo el nombre de *LexMercatoria*, para sustentar las operaciones comerciales transnacionales. Es pertinente identificar elementos y principios esenciales del comercio internacional, que estarán presentes al momento de celebrarse contratos administrativos de esta índole:

**a) La costumbre y los usos del comercio internacional.** Sustentados en la experiencia profesional de comerciantes internacionales, origen de INCOTERMS;

**b) Los principios generales.** Aún genera confusión, pues se les considera procedimientos de heterointegración que presuponen la unidad sistemática de la *LexMercatoria*, aunque también se identifican con los principios de las reglas codificados por organismos, semipúblicos<sup>6</sup>, como los Principios del *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*;

**c) Los contratos-tipo.** Modelos creados por asociaciones profesionales internacionales de consultores, que se han convertido en instrumentos legales<sup>7</sup>.

**d) Las regulaciones profesionales o códigos de conducta.** Recomendaciones cuya función “consiste en llenar los vacíos regulatorios, mediante acuerdos internacionales o multilaterales, con un objetivo integrador”<sup>8</sup>;

<sup>5</sup>Hegewisch Díaz Infante, Fernando, *Derecho Financiero Mexicano Instituciones del Sistema Financiero Mexicano*, 3º ed., México, Porrúa, 2004, p. 395.

<sup>6</sup>Faya Rodríguez, Alejandro. *La Nueva LexMercatoria: Naturaleza y Alcances*, México, ICC, 2005, p. 45.

<sup>7</sup>“En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato-tipo” Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2005, p. 109

<sup>8</sup>Cadena Afanador, Walter René, “La nueva LexMercatoria: Un caso pionero en la globalización del derecho”, *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana*, Bogotá, año 2001, núm. 13, p. 110



e) *Sistema de Leyes Modelo*. Reglas destinadas a remplazar las actualmente existentes en los Estados interesados. No se erigen como convenciones, sino recomendaciones del organismo que las elabora para que se conviertan en Ley, como la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL<sup>9</sup>;

f) *La Jurisprudencia emanada del Arbitraje Internacional*. Aglutina cuerpo de derecho casuístico con reglas vinculantes utilizadas por acuerdo expreso entre las empresas transnacionales para solventar las controversias derivadas de un contrato internacional<sup>10</sup>.

g) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*; su origen no es Estatal, el objetivo principal es armonizar las normas de compraventa internacional de manera académica y no política<sup>11</sup>.

h) *Regulaciones emanadas del UNCITRAL*, de carácter facultativo, buscan prevenir la fusión anárquica en materia de derecho arbitral, abriendo la posibilidad de consolidar la *Lex Mercatoria*<sup>12</sup>.

i) *International Commercial Terms* Términos de Venta Internacional<sup>13</sup>, se establecieron en 1936 por la Cámara de Comercio Internacional de París, siendo modificados en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010<sup>14</sup>. En el último cambio se reagruparon los 13 INCONTERMS para convertirse en 11, de acuerdo con cuatro grupos: “E” Salida, “F” Transporte principal no pagado, “C” Transporte principal pagado, “D” Destino o llegada<sup>15</sup>

De la revisión al “Modelo de Contrato bajo la Licitación Pública \_Internacional TLC No. 18575088-501-10<sup>16</sup>”, se observa en la Cláusula Tercera.- Plazo y Lugar de entrega de los bienes y prestación de los servicios, la obligación al proveedor de entregar los bienes objeto del contrato, en el lugar señalado, bajo “la condición de entrega... *DeliveryDutyPaid* (DDP) (Entrega derechos pagados) en destino final a satisfacción de PEP, de conformidad con los INCOTERMS 2000<sup>17</sup>”. Este modelo de contrato de PEMEX Exploración y Producción, además de aplicar normatividad nacional e internacional para su elaboración, incluye costumbre internacional, situación cada vez más común en los contratos gubernamentales internacionales.

<sup>9</sup> Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Law*), aprobada 11-12-85, enmendada 04-12-06. México forma parte mediante la promulgación de leyes basadas en ella desde 1993

<sup>10</sup> México ratificó el 14-04-71 la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, por lo que sí tiene efectos vinculatorios. Sitio oficial de UNCITRAL <http://www.uncitral.org>

<sup>11</sup> México es miembro desde el 06-05-40, sitio oficial UNCITRAL <http://www.uncitral.org> Estos principios solo aplican si desde el inicio del pacto internacional se acuerda someterse a los mismos.

<sup>12</sup> Se considera *Lex Mercatoria* según por Cadena Afanador, Walter René, *op. cit.*, p. 24

<sup>13</sup> Es considerada *Lex Mercatoria* según Tovar Gil, María del Carmen, “*Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales*”, *Revista Agenda Internacional*, Año XI No.21, 2004, p. 108

<sup>14</sup> Información obtenida del sitio oficial <http://www.iccspain.org/>

<sup>15</sup> Sitio web oficial de la Cámara de Comercio <http://www.iccwbo.org/Incoterms/index.html?id=40772>

<sup>16</sup> Descargado del sitio oficial COMPRANET <http://web.compranet.gop.mx/>

<sup>17</sup> Modelo de Contrato bajo la Licitación Pública \_Internacional TLC No. 18575088-501-10 p. 27



Los Términos Internacionales también se encuentran en las Bases de Licitación Pública Internacional, como es el caso de la No. LPN-RSAL-CS-063/11<sup>18</sup>, emitidas por la Subdirección de Producción de PEMEX, donde se indicó en el apartado 3 “Elaboración de la propuesta, requisitos para intervenir en el acto de presentación y apertura de propuestas y desarrollo de la recepción de las mismas”, que un requisito para la calificación de la oferta económica, de conformidad con el apartado 4.2 “A) Aspectos económicos, Condiciones de pago”, consiste en que el proveedor reconozca que de existir causas imputables a él, en incumplimientos o atrasos en la entrega de bienes, se aplicarán penas convencionales, si esta no se realiza bajo las reglas: “ DDU - *DeliveryDutyUnpaid* "Derechos no pagados" (INCOTERMS), para licitantes extranjeros, tengan o no, establecimiento permanente en México, y DDP *DeliveryDutyPaid* "Derechos pagados" (INCOTERMS) para licitantes nacionales...<sup>19</sup>”

En los contratos internacionales gubernamentales se incluyen INCOTERMS para determinar el nivel de responsabilidad en la entrega de los bienes, así como el sujeto obligado al cumplimiento de las cuestiones adicionales, como lo puede ser el pago o no pago de ciertos derechos o impuestos en la entrega. La trascendencia de los INCOTERMS a nivel internacional consiste en que no sólo facilitan las relaciones comerciales entre diversos agentes a nivel mundial, sino que establecen reglas claras para el deslinde de responsabilidades internacionales.

## 2. El combate a la corrupción por medio de la tipificación de delitos.

La participación de organizaciones internacionales se ha hecho notar para realizar labores enfocadas a abatir la corrupción en lo general y respecto de los actos vinculados al procedimiento de licitación pública, así como en para el contenido y ejecución de contratos gubernamentales. De tal manera se ha evidenciado, el posicionamiento internacional de México en materia de corrupción, que de conformidad con Transparencia Internacional se mide a través del Índice de Percepción de Corrupción Internacional arroja resultados negativos para 2013, pues de 177 países estudiados, México se ubicó en el número 106 a nivel internacional y 24 respecto de los demás países del continente<sup>20</sup>.

Los estudios realizados por Transparencia Internacional 2013, indican que casi tres cuartas partes de los 177 países obtuvieron una puntuación inferior a cincuenta, siendo que esta escala refleja como límites cien (muy limpio) y cero (altamente corrupto). Los resultados indican un grave problema de corrupción mundial. En América se observa que Canadá, Barbados y Estados Unidos, ocupan los mejores puestos a nivel local y global, pues se encuentran entre los veinte menos corruptos. Por otro lado, México obtuvo como puntuación general 34, ubicándose entre los países más corruptos.

<sup>18</sup> Descargado del sitio oficial COMPRANET <http://web.compranet.gop.mx/>

<sup>19</sup> Términos Internacionales en las Bases de Licitación Pública Internacional No. LPN-RSAL-CS-063/11, p. 42

<sup>20</sup> Información obtenida del sitio web oficial: <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results/> En 2010 los resultados colocaron a México en la posición 98 y 18, respectivamente.



Con la finalidad de abatir este mal, la Organización de Estados Americanos celebró la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>21</sup>, que tipificó en el artículo VI, apartado 1, al cohecho como: solicitud y aceptación –directa o indirecta- del funcionario público, de valores, beneficios o ventajas a cambio de la realización u omisión en el ejercicio de sus funciones públicas. En ese mismo artículo, el inciso *c* reconoce que el acto lo puede realizar el funcionario público para obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; por su parte, el inciso *e* identifica las diversas formas de participación en estos actos. La interpretación sistemática de la normatividad reconoce que la corrupción puede generarse por figuras privadas y públicas.

Para facilitar la cooperación entre los países miembros se establece en el artículo VII que los Estados Partes, si no cuentan con medidas jurídicas para tipificar como delitos los actos de corrupción, deberían hacerlo tomando como modelo la propia Convención. En 1996, año en que se firma y ratifica por México, el sistema jurídico penal vigente ya reconocía en el Título Décimo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, las hipótesis para tipificar las conductas calificadas como actos de corrupción a nivel internacional.

Desde la Convención Internacional el Artículo VIII tipifica el soborno transnacional como el ofrecimiento u otorgamiento a funcionario público, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, a cambio de que realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial<sup>22</sup>. Esta regulación puede encuadrarse en la redacción del artículo 222 del Código Penal Federal, que reconoce como cohecho la conducta del “servidor público por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones<sup>23</sup>”. En el caso nacional se incluye la calificación “justo o injusta” respecto de la conducta y las funciones públicas, lo que puede generar argumentos para la defensa del servidor público. El Código Penal permite perseguir la acción desplegada por el ciudadano que “de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones<sup>24</sup>”; así se vuelve incluyente para sancionar no sólo a quien recibe el bien indebido, sino también a quien la ofrece.

La legislación nacional tipifica el cohecho internacional en el artículo 222-bis, sancionando la conducta de quien “con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios<sup>25</sup>” a un servidor público extranjero para que gestione o se abstenga de gestionar algún asunto, tramite o resuelva un asunto fuera de sus

<sup>21</sup> Signada por nuestro país el 29 de marzo de 1996, ratificada por el Senado el 30 de octubre de 1996 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de ese mismo año.

<sup>22</sup> Descargada del sitio oficial <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

<sup>23</sup> Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación, última fecha de reforma 23-05 2014, p. 64

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Ídem.



funciones, o realice a través de un tercero esta gestión con algún servidor público extranjero. Esta prohibición es congruente con la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE<sup>26</sup>, herramienta para generar igualdad de oportunidades, sanas relaciones comerciales entre las empresas que compiten por las contrataciones gubernamentales, así como para mejorar el grado de inversión en los países miembros al ofrecer mayor certeza en la actuación de los funcionarios públicos. Si bien en México, la legislación interna ya contemplaba el tipo penal de cohecho, la Convención ratifica la obligación de sancionarlo.

El delito de enriquecimiento ilícito también se encuentra regulado, a nivel internacional por el artículo IX de la Convención Internacional, sancionado a su vez por el artículo 224 del Código Penal Federal, cuando “el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos<sup>27</sup>”.

La Convención Interamericana contra la Corrupción busca unificar la redacción de los tipos penales que deben ser prohibidos, prevenidos, detectados, investigados y sancionados por los países miembros. México cumple con el primer mandato pues los tipos penales que se incluyen en el Título Décimo del Código Penal Federal, regulan los delitos reconocidos por ese acuerdo internacional, además reconoce otros tipos penales como: ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades cuyos tipos se refieren especialmente a la materia contractual, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, peculado y los delitos cometidos contra la administración de justicia tipificados en el Título Decimoprimerero.

Pese a lo anterior, aún se requiere la articulación de políticas públicas eficientes para la prevención de los delitos tipificados, situación que debiera incluir la participación ciudadana por medio de la Cultura de la Legalidad, donde los ciudadanos no promuevan ni toleren los actos de corrupción. Tarea en manos de las propias autoridades administrativas será la detención e investigación por medio del monopolio del uso de la fuerza que la propia ley reconoce en los cuerpos ministeriales. Sin embargo, todo esto no tendrá los resultados adecuados mientras el ciclo no se encuentre completo.

El Código Penal establece para cada tipo las sanciones pecuniarias, así como la pena privativa de la libertad y sanciones económicas, con límites mínimos y máximos, considerados por los legisladores suficientes para resarcir el daño y desincentivar los actos, quedando en manos de los jueces la individualización de las mismas. El elemento legal que perjudica la continuidad de estos procedimientos es que sólo en el caso del delito de desvío u obstaculización de investigaciones (artículo 225, fracción XXXII) así como de la desaparición forzada de personas (artículo 215-A), se les otorga la característica de ser graves, de conformidad con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales que continuará vigente en determinados espacios territoriales hasta el 18 de junio de 2016,

<sup>26</sup>Signada por México 17-12-99, ratificada por el Senado 22-04-99, publicada en el DOF 12-05-99

<sup>27</sup> Código Penal Federal, *op. cit.*, p. 62



cuando el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales lo supla en la totalidad del territorio Federal. Para ese momento, en que de manera improrrogable deberá aplicarse el sistema procesal penal acusatorio en todo México, entre los delitos que ameritarán pena de prisión preventiva oficiosa no se encuentra ninguno de los cometidos por servidores públicos.

### 3. Otras estrategias internacionales para combatir la corrupción.

En 2003 la Organización de las Naciones Unidas inició los trabajos de la Convención contra la Corrupción, buscando establecer en un documento internacional la promoción y fortalecimiento a las medidas para prevenir y combatirla, facilitando y apoyando la cooperación internacional y la asistencia técnica en su prevención y lucha<sup>28</sup>. Para alcanzar estos fines, en el Capítulo II se incluyen medidas preventivas a realizar por los Estados miembros, destacando no sólo prácticas gubernamentales para evitar la corrupción, sino la necesidad de establecer mecanismos de evaluación de los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas adoptadas, proponiendo la creación y aplicación de Códigos de Conducta como el Internacional para titulares de cargos públicos.

El artículo 9 de la citada Convención refiere las medidas que se deben tomar en materia específica de “Contratación pública y gestión de la hacienda pública<sup>29</sup>”, contenido que se analiza el Cuadro No. 2 Convención contra la Corrupción y su incorporación al sistema jurídico mexicano, con la finalidad de identificar el cumplimiento de los parámetros internacionales en los mecanismos de adjudicación de contratos gubernamentales.

**Cuadro No. 2** Convención contra la Corrupción y su incorporación al sistema jurídico mexicano

Convención.	Regulación en México.
a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas	Desde 1996 se cuenta con la herramienta digital <i>CompraNet</i> : Sistema electrónico de contrataciones gubernamentales, derivado de la firma del TLCAN. En 1999, el artículo 27 de la LAASSP reconoció el uso de medios remotos de comunicación electrónica, conforme a las disposiciones administrativas de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo. Fue en mayo 2009 cuando se reconoció plenamente su denominación en esta Ley y en la LOPSRM
b) Formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y	La LAASSP y la LOPSRM establecen las etapas del procedimiento de licitación pública: Convocatoria, Bases para la licitación, Junta de

<sup>28</sup> Signada por nuestro país el 9 de diciembre de 2003, ratificada por el Senado el 29 de abril de 2004 y publicada en el DOF el 27-05-03. Sus objetivos se establecen en el artículo 1, visible en el sitio oficial [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

<sup>29</sup> Visible en el sitio oficial [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)



<p>adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación</p>	<p>aclaraciones, presentación de propuestas, Evaluación de las propuestas, Dictamen, Fallo y Adjudicación del Contrato. La Convocatoria regulada por los artículos 29 y 31, respectivamente, establece entre otros requisitos: que sea pública, contenga los criterios específicos para evaluar las proposiciones, el domicilio en que podrá presentarse las inconformidades, las causas expresas de desechamiento, el modelo del contrato, etc.</p>
<p>c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;</p>	<p>El artículo 36 de la LAASSP establece que para evaluar las proposiciones se debe utilizar el criterio indicado en la convocatoria (criterio de puntos y porcentajes o de costo beneficio y sólo cuando éstos no puedan aplicarse, criterio de evaluación binario). El artículo 38 de la LOPSRM, hace lo procedente para determinar las reglas para calificar la solvencia de las propuestas presentadas.</p>
<p>d) Un mecanismo eficaz de examen interno, así como de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos;</p>	<p>Los artículos 65 a 76 de la LAASSP y 83 al 94 de la LOPSRM regulan la Inconformidad, este mecanismo garantiza el derecho de audiencia de los participantes al procedimiento de licitación, ante la propia autoridad administrativa, representada por la Secretaría de la Función Pública (SFP)</p>
<p>e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.</p>	<p>La LAASSP -artículo 7 y la LOPSRM -artículo 8, establecen que la SFP se encargada de establecer las directrices para los perfiles de puesto de los servidores públicos en materia de contrataciones públicas, así como las relativas para su capacitación en el desempeño de sus funciones. El portal CompraNet cuenta con el espacio denominado “Capacitación” para Unidades Compradoras pertenecientes a la Administración Pública Federal, Estatal y Municipal <a href="https://sites.google.com/site/cnetuc/capacitacion">https://sites.google.com/site/cnetuc/capacitacion</a></p>

**Fuente:** Elaboración propia con base en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publicada en la dirección [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

Por su parte la Cámara de Comercio Internacional ha establecido las “Reglas de conducta y recomendaciones para combatir la extorsión y el soborno”<sup>30</sup>, mismas que se compone de tres partes. La primera establece las normas adecuadas para combatir la corrupción; la

<sup>30</sup> Descargada del sitio oficial <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/anticorruption/Statements/reglas%20de%20conducta2.pdf>



segunda se ocupa de las políticas que las empresas deben realizar para apoyar al cumplimiento de las normas; la tercera enumera los elementos propuestos para un programa de cumplimiento corporativo eficaz. De este organismo internacional también se desprende la denominada cláusula anticorrupción, que se promueve para que las empresas la incluyan en los contratos y en los acuerdos que celebren. Siguiendo el análisis al contrato “Modelo de Contrato Licitación Pública Internacional TLC No. 18575106-502-11<sup>31</sup>”, en su clausulado se establece:

El PROVEEDOR acuerda que durante la ejecución de este contrato ni él, ni sus subcontratistas o empleados de éstos ofrecerán, prometerán o darán por sí o por interpósita persona, dinero, objetos de valor o cualquier otra dádiva, a servidor público alguno, que puedan constituir un incumplimiento a la ley tales como robo, fraude, cohecho o tráfico de influencias.

En caso de que la(s) conducta(s) resultase(n) en la comisión de delito(s), decretado(s) en resolución definitiva por autoridad jurisdiccional competente en territorio nacional, PEP podrá optar por la rescisión conforme a lo establecido en la cláusula denominada “Rescisión del Contrato.

Por lo anterior, el Área Responsable de la Administración y Supervisión de la Ejecución del Contrato, dará aviso a la unidad administrativa correspondiente para que se hagan las anotaciones en el registro de proveedores y contratistas de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios <sup>32</sup>.

Por su parte, las Bases de Licitación Pública Internacional No. LPN-RSAL-CS-063/11 incluyen en la Vigésima Tercera Cláusula, la condición de Anticorrupción, con la siguiente redacción:

El PROVEEDOR, sus subcontratistas o los empleados de éstos, se abstendrán de incurrir en actos que se tipifiquen en materia penal como robo, fraude, cohecho o tráfico de influencia en perjuicio de (PEMEX U ORGANISMO SUBSIDIARIO).

EL PROVEEDOR acuerda que durante la ejecución de este contrato no ofrecerá, prometerá o dará por sí o por interpósita persona, dinero, objetos de valor o cualquier otra dádiva, a servidor público alguno ya sea federal, estatal o municipal, que puedan constituir un incumplimiento a la ley tales como robo, fraude, cohecho o tráfico de influencias.

En caso de que dichos actos sean decretados en resolución definitiva por autoridad jurisdiccional competente en territorio nacional, (PEMEX U ORGANISMO SUBSIDIARIO) podrá optar por la rescisión conforme a lo establecido en los numerales 15.1 y 15.2 de la cláusula RESCISIÓN DEL CONTRATO.

Por lo anterior, la Administradora del Proyecto dará aviso a la Subdirección de Suministros de la Dirección Corporativa de Operaciones para que se hagan las anotaciones en el registro de proveedores y contratistas de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios <sup>33</sup>

<sup>31</sup> Descargado del sitio oficial <http://web.compranet.gop.mx/>.

<sup>32</sup> *Ídem*, p. 76

<sup>33</sup> Descargado del portal <http://web.compranet.gop.mx/> p. 210



No debe resultar extraño que las disposiciones esbozadas en este apartado se interrelacionan con las decisiones que implementan los Estados en materia comercial con la finalidad de ser competitivos en el mercado global.

Otra entidad preocupada por otorgar reglas unificadas para la contratación gubernamental es UNIDROIT, que en el año de 1994 presentó la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, con la guía para su Incorporación Eventual al Derecho Interno, misma que contiene las disposiciones que figuran en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes y de Obras y Disposiciones sobre la Contratación Pública de Servicios. El documento contiene procedimientos y principios para el uso óptimo de recursos, evitar abusos en el proceso de adjudicación, buscar la promoción de objetividad, equidad y participación, así como competencia e integridad. Para 2011 el texto se reemplaza con una nueva Ley Modelo, pues si bien su predecesor fue un importante instrumento, en 2004 la Comisión consideró conveniente actualizarla para reflejar nuevas prácticas, como uso de comunicaciones electrónicas y tecnologías de información, así como el reconocimiento de acuerdos-contratos marco. Los principios y procedimientos fundamentales no sufrieron modificaciones.

Por la presencia de servidores públicos quienes instrumentan los procedimientos administrativos para la adjudicación de contratos públicos, se infiere la adopción de decisiones discrecionales en representación de las instancias gubernamentales, situación que por el principio de legalidad al que se sujetan todos los actos administrativos, debe estar desprendida de criterios personales del servidor público que lo instrumenta, para la aplicación únicamente de las normas locales o supranacionales.

La importancia económica que revisten los contratos públicos obliga a tomar en serio el combate a la corrupción en ese rubro, pues el gasto en adquisiciones puede representar entre el 10% y el 20% del PIB y no menos del 50% o incluso más, del total del gasto público<sup>34</sup>. Se debe reconocer el riesgo de abusos por parte de funcionarios públicos, así como la trascendencia de sus decisiones en el mercado nacional e internacional por las pérdidas que se pueden llegar a generar. Lo anterior sin menospreciar la jerarquía de estos contratos al vincularse con proyectos en diversos ámbitos sociales como salud, educación o infraestructura, que repercuten considerablemente en el rendimiento y el desarrollo económicos de una nación.

Las reforma más reciente en la materia en el plano local, ocurrió el 11 de junio de 2012, al publicarse en el DOF la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP), con objeto de “establecer las responsabilidades y sanciones que deban 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<sup>35</sup>”, así como en el caso de las transacciones comerciales internacionales. Los sujetos obligados por la norma son los servidores públicos que participen en las contrataciones

<sup>34</sup> Información obtenida del sitio oficial [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html)

<sup>35</sup> Artículo 1 de la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, DOF 11-06-12 p. 1.



públicas de carácter federal, así como a “las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que participen en las contrataciones públicas de carácter federal<sup>36</sup>”.

La norma considera sujetos obligados y factibles de ser sancionados a las personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que en su calidad de accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apoderados, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o que con cualquier otro carácter intervengan en las contrataciones públicas a nombre, por cuenta o en interés de los licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos. Pretende hacer responsables a los miembros de la entidad moral, a sus representantes, comisionados, consultores y hasta empleados. Requiere que exista plena identificación y no sólo presunción, del sujeto que realizó el acto así como del beneficio que obtuvo, pues no pueden tener el mismo grado de responsabilidad los socios, el representante, mandante o empleados. Para el caso de accionistas, socios y asociados, se solicitará información al Registro Público de la localidad en que se encuentre el domicilio social de la empresa, para que con los títulos de acciones o el Libro de Registro de Accionistas, sea posible identificarlos con dicha calidad.

En el apartado de sanciones, la ley no se refiere a los servidores públicos sino a las multas y los plazos de inhabilitación para personas físicas o morales licitadoras, pues los servidores públicos que “participen, directa o indirectamente, en las contrataciones públicas de carácter federal, estarán sujetos a responsabilidad en términos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>37</sup>”, es decir, sanciones administrativas contenidas en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; responsabilidad patrimonial derivada del derecho del Estado para repetir en contra de un servidor público, tutelado por la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado; responsabilidad política para determinados funcionarios públicos; o en su caso sanciones por la comisión de alguno de los delitos tipificados en el Título Décimo del Código Penal Federal.

La responsabilidad de servidores públicos se encuentra tutelada por varias normas, se requiere de su aplicación eficiente. La LFACP no profundiza en los diversos esquemas de colusión que pueden desarrollar los licitantes y proveedores en contubernio con otros similares o servidores públicos. La norma se enfocó en prevenir la posibilidad de posturas encubiertas, sin entrar al estudio de las calidades técnicas o económicas presentadas, o en el retiro repentino de la participación a la licitación. Su interés está en encontrar la relación o ventaja, con las que algunas empresas suelen afectar al Estado, al acordar esquemas de subcontratación con las empresas que no presentaron propuestas, o de aquellas que sufriendo la sanción de inhabilitación constituyen nuevas entidades con los mismos integrantes de la empresa penalizada, valiéndose del anonimato que encubre la ficción de sociedades mercantiles.

Actualmente la LAASSP así como la LOPSRM contienen un apartado especial para regular las infracciones y sanciones aplicables a aquellos licitantes y proveedores que infrinjan las

<sup>36</sup> *Ibidem*. Artículo 2.

<sup>37</sup> Artículo 2 fracción IV de la *Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas*, op. cit., p. 2.



normas antes referidas. Las sanciones pueden ser de tipo económico “multa equivalente a la cantidad de cincuenta hasta mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al mes, en la fecha de la infracción<sup>38</sup>”, así como de inhabilitación para participar por sí mismos o por interpósita persona en procedimientos de contratación gubernamental. La sanción económica se podrá determinar para los casos genéricos por infracciones a las disposiciones de la propia Ley; la sanción de inhabilitación, por ejemplo al incumplir el contratista con la formalización en tiempo y forma del contrato, o en el caso de aquellos a quienes les hubiesen rescindido administrativamente un contrato en dos o más dependencias por un plazo de tres años. Estas sanciones además de ser impugnadas por los mecanismos de defensa procedentes, dejan en posibilidad a los socios, accionistas y asociados acudir a otra entidad, llevándose con ellos las malas prácticas acostumbradas.

## Conclusiones

El presente estudio comprueba que el orden jurídico nacional ha incluido las reformas recomendadas por diversos organismos internacionales, para contar con las herramientas jurídicas que prohíben la corrupción en lo general, así como en lo particular en materia de contratos públicos nacionales e internacionales. También se ha demostrado la necesidad de adecuación de los contratos gubernamentales internacionales, a prácticas comerciales reconocidas por la teoría como la *LexMercatoria*. Pese a las áreas de oportunidad que presenta la regulación nacional, identificadas en este documento, se concluye que uno de los factores por el que la percepción de corrupción en México ha crecido en los últimos tres años, es que si bien existen los instrumentos legales que prohíben la práctica de actos de corrupción, una realidad es que en muy pocas ocasiones se aplican las sanciones. El resultado es un inminente daño a las finanzas del Estado, así como la credibilidad de la sociedad en sus organizaciones públicas.

Se considera necesario lograr la sistematización de las reglas en torno a la contratación gubernamental, por la necesidad de identificar en un solo documento las reglas para los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, así como de los instrumentos para prevenir, combatir, perseguir y sancionar los casos de colusión y corrupción de agentes públicos y privados.

## Referencias

CADENA AFANADOR, Walter René, “La nueva LexMercatoria: Un caso pionero en la globalización del derecho”, *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana*, Bogotá, año 2001, núm. 13

FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. *La Nueva LexMercatoria: Naturaleza y Alcances*, México, ICC, 2005

GALGANO FRANCESCO, *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2005

<sup>38</sup>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, DOF 16-01-2012, p. 39



HEGEWISH DIAZ INFANTE, Fernando, *Derecho Financiero Mexicano Instituciones del Sistema Financiero Mexicano*, 3° ed., México, Porrúa, 2004

TOVAR GIL, María del Carmen, “LexMercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales”, *Revista Agenda Internacional*, Año XI No.21, 2004, p. 108

*Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación*, DOF 23-05 2014

*Código Nacional de Procedimientos Penales*, DOF

*Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas*, DOF 11-06-12

*Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, DOF 16-01-2012

*Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*, DOF, 16-01-2012

FORO Global en Competencia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 20 de enero de 2010, visible en el sitio web oficial <http://www.oecd.org/dataoecd/39/11/44512059.pdf>

DECRETO de promulgación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, visible en el sitio oficial <http://proteo2.sre.gop.mx/tratados/archivos/1.TLCAN.pdf>

CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la Corrupción, visible en el sitio oficial [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

Sitio web oficial de la Cámara de Comercio, INCOTERMS <http://www.iccwbo.org/Incoterms/index.html?id=40772>

Sitio web oficial COMPRANET <http://web.compranet.gop.mx/>

Sitio web oficial UNCITRAL <http://www.uncitral.org>

Sitio web oficial Transparencia Internacional <http://cpi.transparency.org/cpi2013/results>

