



SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

**DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROVERSIAS Y
SANCIONES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

**DISTRIBUIDORA FLEXI, S.A. DE C.V.
VS.**

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL

RESOLUCIÓN No. 115.5.

“2011, Año del Turismo en México.”

México, Distrito Federal a quince de abril de dos mil once.

VISTOS, para resolver en los autos del expediente al rubro citado y

RESULTANDO

PRIMERO.- Por oficio número **00641/30.15/2075/2011** recibido en esta Dirección General el **treinta de marzo del dos mil once**, el Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL** remitió expediente formado con motivo de la inconformidad promovida por el **C. RAFAEL FLORES ALCOCER**, en representación de la empresa **DISTRIBUIDORA FLEXI, S.A. DE C.V.** contra actos del **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**, derivados de la licitación pública nacional número **No. 00641322-053-10**, celebrada para la **ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011, CON ENTREGA EN LAS DELEGACIONES, CON PAGO EN NIVEL CENTRAL, RÉGIMEN ORDINARIO E IMSS-OPORTUNIDADES DEL INSTITUTO.**

SEGUNDO.- El Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**, efectuó diversas actuaciones y recibió escritos de las partes en controversia, mismos que se precisan a continuación:

*a) Por acuerdo **00641/30.15/1154/2011** de dieciocho de febrero de dos mil once (fojas 0145 a 146), se **admitió** la inconformidad de que se trata, se requirió a la convocante informara el monto económico autorizado de la licitación, el estado actual del procedimiento; en su caso, datos generales del tercero interesado; se pronunciara respecto a la conveniencia de decretar la suspensión de los actos concursales, y se le requirió para que rindiera informe circunstanciado de hechos y aportara la documentación*

relativa al concurso de que se trata.

Asimismo en el proveído de mérito se determinó negar la suspensión provisional del acto impugnado.

b) Por oficio **09-53-84-61-14A1/001723** recibido en el Órgano Interno de Control del referido Instituto, el **veinticinco de febrero del año en curso** (fojas 152 a 153), la convocante informó que el monto estimado de la licitación es de **\$260,000,000.00** (doscientos sesenta millones de pesos 00/100 M.N.); manifestó que no era procedente conceder la suspensión, que el fallo fue emitido el diez de febrero de dos mil once y que no existen terceros interesados dada la determinación del fallo en donde se cancela la licitación.

c) Mediante proveído de **dos de marzo del presente año** (fojas 161 a 162), determinó negar la suspensión definitiva del acto impugnado.

d) Mediante oficio **09-53-84-61-14A1/001941** (fojas 165 a 188) recibido en el supracitado Órgano Interno de Control, el **tres de marzo de dos mil once**, la convocante rindió su informe circunstanciado de hechos, acompañando los documentos inherentes a la licitación impugnada, por lo que por proveído del **cuatro de marzo siguiente** (foja 413), se tuvo por recibida la documentación y el citado informe de Ley.

e) Por proveídos de **diez de marzo de dos mil once** (fojas 438 a 441), el Titular del Área de Responsabilidades en el Órgano Interno de Control del citado Instituto, proveyó en relación con el **desahogo de las pruebas** ofrecidas por la empresa inconforme y por la convocante; asimismo otorgó al inconforme un plazo de tres días hábiles para que formulara **alegatos**.

f) Por escrito recibido el **veintinueve de marzo de dos mil once** (fojas 457 a 467), la empresa **inconforme formuló sus alegatos**, proveyéndose sobre la recepción de los mismos en proveído dictado esa misma fecha (foja 468).

TERCERO. Por oficio **No. SP/100/105/11** el Titular del Ramo instruyó a esta Dirección

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-3-

General para que conociera y resolviera el asunto de cuenta (foja 471), por lo que mediante proveído 115.5.0719 del **primero de abril del dos mil once**, se tuvo por radicada la inconformidad de que se trata, y se turnaron los autos del presente expediente a resolución toda vez que el Órgano Interno de Control del Instituto Mexicano del Seguro Social había instruido la instancia, actuaciones que convalidaron en dicho proveído (fojas 472 a 475).

CONSIDERANDO

PRIMERO. Competencia. Esta autoridad es legalmente competente para conocer y resolver la presente instancia, en términos de los artículos 26 y 37, fracciones VIII, XVI y XXVII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 1º fracción IV, y Título Sexto, Capítulo Primero, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; y 62, fracción I, numeral 2 del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública publicado en el Diario Oficial de la Federación el quince de abril del dos mil nueve, así como del artículo 1, fracción III, inciso e), del Acuerdo por el que se adscriben orgánicamente las unidades administrativas de la Secretaría de la Función Pública y se establece la subordinación jerárquica de servidores públicos previstos en el citado Reglamento, que en su parte conducente dispone: *“Artículo Primero.- Se adscriben orgánicamente las unidades administrativas correspondientes a la Secretaría de la Función Pública de la siguiente manera: [...] III. A la Subsecretaría de Atención Ciudadana y Normatividad: [...] e) Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas”* publicado en dicho medio de difusión oficial el veintinueve de mayo de dos mil nueve, y en atención al oficio de atracción No. **SP/100/105/11**, suscrito por el Titular del Ramo, en ese orden, corresponde a esta dependencia del Ejecutivo Federal, por conducto de la Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas, recibir, tramitar y resolver las inconformidades que formulen los particulares con motivo de los actos de los organismos descentralizados que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la citada ley de contratación pública.

SEGUNDO.- Oportunidad. El plazo para interponer la inconformidad contra la cancelación de la licitación se encuentra previsto en la fracción IV del artículo 65 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el cual se reproduce en lo conducente:

“Artículo 65. La Secretaría de la Función Pública conocerá de las inconformidades que se promuevan contra los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas que se indican a continuación:

... IV. La cancelación de la licitación.

En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación...”

Como se lee, dicha fracción establece respecto de la cancelación de la licitación, que la inconformidad podrá ser presentada dentro de los seis días hábiles siguientes a que ésta se hubiere notificado al inconforme.

Así las cosas, si la junta pública en que se dio a conocer la cancelación de la licitación de marras (fojas 389 a 399) tuvo verificativo el **diez de febrero de dos mil once** y toda vez que la empresa accionante se hace conocedora de la emisión del acto impugnado en esa misma fecha, según se desprende del escrito de inconformidad (fojas 002 y 003) que se atiende, el término de **seis días hábiles** para inconformarse transcurrió del **once al dieciocho de febrero de dos mil once**, sin contar los días **doce y trece de febrero del año en curso** por ser inhábiles. Por lo que al haberse presentado el escrito de inconformidad que nos ocupa ante el Órgano Interno de Control en el **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL** el **dieciocho de febrero de dos mil once**, como se acredita con el sello de recepción que se tiene a la vista (foja 001), es evidente que la impugnación que se atiende se promovió oportunamente.

TERCERO.- Legitimación. La instancia es promovida por parte legítima, en virtud de que de autos se desprende que el promovente, en términos de la copia certificada del instrumento público número 30,647 otorgado ante la fe del Notario Público número ochenta y dos, de León, Guanajuato, el cual obra a fojas 027 a 030 del expediente en que

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-5-

se actúa, acreditó contar con facultades legales suficientes para actuar en nombre de la empresa **DISTRIBUIDORA FLEXI, S.A. DE C.V.**

CUARTO.- Procedencia de la Instancia. De la atenta revisión al escrito de inconformidad (fojas 001 a 026), esta autoridad advierte que el objeto de estudio en el presente asunto versa sobre la legalidad de la cancelación de la licitación pública nacional número **No. 00641322-053-10** efectuada en el acto de fallo del diez de febrero del dos mil once (fojas 389 a 399), y que esta autoridad revise si dicho acto está apegado o no a derecho.

Precisado lo anterior, al ser las causales de improcedencia de la instancia, una cuestión de orden público que debe analizarse de oficio, esta autoridad procede al estudio de las mismas. Sirve de apoyo a lo anterior, por analogía, la Jurisprudencia número II. 1o. J/5, cuyo rubro y texto son los siguientes:

“IMPROCEDENCIA, CAUSALES DE. EN EL JUICIO DE AMPARO.
Las causales de improcedencia del juicio de amparo, por ser de orden público deben estudiarse previamente, lo aleguen o no las partes, cualquiera que sea la instancia.”¹

En esa tesitura, respecto de la inconformidad que se atiende, esta unidad administrativa considera que se actualiza la causa de improcedencia prevista en la fracción III, del artículo 67, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y en ese sentido, lo conducente es sobreseer la presente instancia administrativa de conformidad con la hipótesis que prevé la fracción III del artículo 68 de la Ley de la Materia, al tenor de las siguientes consideraciones.

En primer término, resulta pertinente reproducir los preceptos antes citados de la Ley de la materia, que en la parte que aquí interesan los mismos establecen:

“Artículo 67. La instancia de inconformidad es improcedente:

...

¹ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo VII, Mayo de 1991, p. 95

III. Cuando el acto impugnado **no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del procedimiento de contratación del cual deriva, y...**

“Artículo 68. El sobreseimiento en la instancia de inconformidad procede cuando:

...

III. Durante la substanciación de la instancia se advierta o sobrevenga alguna de las causas de improcedencia que establece el artículo anterior.”

Ahora bien, de los preceptos legales parcialmente transcritos, se desprende que la inconformidad es **improcedente** cuando el acto impugnado *no puede surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del procedimiento de contratación*; y que será motivo de sobreseimiento, cuando durante la substanciación de la instancia, sobreviniere alguna de las causas de improcedencia.

En ese orden de ideas, en términos generales, **la actuación impugnada deja de tener efectos cuando la autoridad competente deroga, revoca o anula el acto controvertido**, y esto da lugar a una situación idéntica a la existente con anterioridad al nacimiento del acto impugnado, es decir, destruye la situación jurídica que dio motivo a la instancia.

Bajo esa perspectiva, cuando el acto por sí mismo no puede surtir efectos, ello significa que **deja de afectar la esfera jurídica del gobernado**, al cesar su actuación, lo cual implica no sólo la paralización definitiva del acto controvertido, sino la desaparición total de sus efectos, con o sin la subsistencia de éste, pues la razón de ser de la improcedencia de mérito no radica en la simple paralización de éste, sino en lo infructuoso de examinar la legalidad de un acto incapaz de producir efectos, sin haber dejado vestigio en la esfera jurídica del gobernado.

Así las cosas, tomando en consideración lo antes expuesto y que:

a) De conformidad con el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en términos del artículo 11 de dicho ordenamiento legal, los **hechos notorios pueden ser invocados por el juzgador**, aunque no hayan sido alegados o probados por las partes, y

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-7-

b) Que el Poder Judicial de la Federación ha determinado mediante tesis jurisprudencial que por hechos notorios deben tenerse los asuntos que se tramitan ante una misma instancia, en el caso, la Dirección General de Controversias y Sanciones en Contrataciones Públicas. Dicha tesis señala lo siguiente:

“HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYE PARA UN JUEZ DE DISTRITO LOS DIVERSOS ASUNTOS QUE ANTE EL SE TRAMITAN. La anterior Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 265, visible en las páginas 178 y 179 del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, del rubro: "HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYE PARA UNA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION UNA EJECUTORIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL PLENO.", sostuvo criterio en el sentido de que la emisión de una ejecutoria pronunciada con anterioridad por el Pleno o por la propia Sala, constituye para los Ministros que intervinieron en su votación y discusión un hecho notorio, el cual puede introducirse como elemento de prueba en otro juicio, sin necesidad de que se ofrezca como tal o lo aleguen las partes. Partiendo de lo anterior, es evidente que para un Juez de Distrito, un hecho notorio lo constituyen los diversos asuntos que ante él se tramitan y, por lo tanto, cuando en un cuaderno incidental exista copia fotostática de un diverso documento cuyo original obra en el principal, el Juez Federal, al resolver sobre la medida cautelar y a efecto de evitar que al peticionario de amparo se le causen daños y perjuicios de difícil reparación, puede tener a la vista aquel juicio y constatar la existencia del original de dicho documento.”²

Esta unidad administrativa advierte como **hecho notorio** que el **diecisiete de febrero del dos mil once**, la empresa **CALZADO GALA, S.A. DE C.V.**, a través de su representante legal, el **C. EDUARDO FRANCISCO JOSÉ ORTIZ AUSTIN**, también promovió inconformidad ante el Órgano Interno de Control en el Instituto Mexicano del Seguro Social en contra de la cancelación de la licitación pública nacional número **No. 00641322-053-10**, la cual fue remitida por dicha instancia interna de control a esta Dirección General en atención al oficio de atracción **SP/100/103/11**, y que fue recibida el **treinta de marzo del dos mil once**, habiéndose radicado bajo el número de expediente **077/2011**, y en la cual se emitió la resolución No. **115.5.0768** de **ocho de abril del dos mil once**, la cual tuvo por efecto declarar la nulidad de la cancelación de la licitación pública nacional **No. 00641322-053-10**, al tenor de las consideraciones de hecho y de

² Tesis de número de registro 199531, visible a foja 295, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, V, Enero de 1997, Novena Época,

derecho, que en la parte que aquí interesa, a continuación se reproducen de forma textual:

“...

077/2011

-8-

QUINTO.- Antecedentes. Para mejor comprensión del presente asunto, se relatan los siguientes antecedentes:

1. El **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**, convocó el **treinta de diciembre de dos mil diez** la licitación pública nacional número No. **00641322-053-10**, celebrada para la **ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011, CON ENTREGA EN LAS DELEGACIONES, CON PAGO EN NIVEL CENTRAL, RÉGIMEN ORDINARIO E IMSS-OPORTUNIDADES DEL INSTITUTO.**
2. El **siete de enero de dos mil once**, tuvo lugar la junta de aclaraciones del concurso.
3. El acto de presentación y apertura de propuestas se celebró el **diecinueve de enero de dos mil once.**
4. El **diez de febrero de dos mil once**, la convocante durante el acto de fallo determinó cancelar la licitación controvertida.

Las documentales en que obran los antecedentes reseñados forman parte de autos y tienen pleno valor probatorio, en términos de los artículos 197 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia según lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

SEXTO.- Hechos motivo de inconformidad.- La empresa accionante plantea como motivos de inconformidad los expresados en su escrito inicial (fojas 001 a 016), mismos que no se transcriben por cuestiones de economía procesal, principio recogido en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sirviendo de apoyo lo establecido en la tesis de jurisprudencia que a continuación se cita:

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-9-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

-9-

"CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. EL JUEZ NO ESTÁ OBLIGADO A TRANSCRIBIRLOS. El hecho de que el Juez Federal no transcriba en su fallo los conceptos de violación expresados en la demanda, no implica que haya infringido disposiciones de la Ley de Amparo, a la cual sujeta su actuación, pues no hay precepto alguno que establezca la obligación de llevar a cabo tal transcripción; además de que dicha omisión no deja en estado de indefensión al quejoso, dado que no se le priva de la oportunidad para recurrir la resolución y alegar lo que estime pertinente para demostrar, en su caso, la ilegalidad de la misma."¹

Para efectos de un mejor análisis del escrito de impugnación que nos ocupa, a continuación se enuncian los motivos de inconformidad expuestos por la empresa actora enderezados a controvertir el fallo.

a) La cancelación emitida por la convocante no está apegada a derecho, toda vez que de la lectura a la misma no se advierte que en la licitación impugnada se hubiere actualizado alguna de las hipótesis previstas en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

b) La convocante contravino los artículos 2, numeral X, XI y XII; 26, fracción V y VI, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como 30 de su Reglamento, en razón de que desde junta de aclaraciones señaló la existencia de estudios de mercado realizados para esta licitación, además de que contaba con investigaciones de mercado efectuados en anteriores licitaciones, por lo que estaba en aptitud de adjudicar la

¹ Tesis emitida en la Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998, Tesis VI. 2º.J/129, Página 599.

077/2011

-10-

licitación mediante el uso del precio aceptable y precio conveniente.

c) La cancelación del concurso afecta a su representada, toda vez que presentó oferta cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la convocatoria de la licitación controvertida.

SÉPTIMO. Análisis de los motivos de inconformidad.- Por cuestión de método, esta autoridad procede al examen del motivo de inconformidad señalado en el inciso a) del considerando **SEXTO** anterior, al tenor de las siguientes consideraciones.

Aduce la empresa inconforme (fojas 005 a 008), en esencia, que la cancelación de la licitación controvertida decretada por la convocante en el evento de fallo, no se encuentra apegada a lo dispuesto por el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en razón de que adolece de la debida fundamentación y motivación en razón ya que los motivos que alude la convocante para tomar dicha determinación no encuadran en ninguna de las cuatro hipótesis previstas en dicho precepto.

Las anteriores manifestaciones del inconforme son **fundadas**.

Para así justificarlo es necesario reproducir en lo que interesa, el acta de fallo del **diez de febrero del dos mil once**, en donde se advierten las causas por las cuales la convocante del concurso controvertido determinó cancelar la licitación de mérito (fojas 288 a 291):

*"...En la ciudad de México, D.F., siendo las diez horas del día diez de febrero del dos mil once, se reunieron en la sala de juntas de la división de bienes no terapéuticos, sito en la calle de Durango número 291, Piso número 5, Colonia Roma Sur, México, D.F., C.P. 06700, los servidores públicos que se mencionan al final de la presente acta, para realizar el acto de fallo correspondiente a la licitación pública nacional número **00641322-053-10**, para*

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-11-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011

-11-

la adquisición de ropa contractual para las Delegaciones Régimen ordinario e IMSS-Oportunidades del Instituto, con entrega en las Delegaciones Regionales y Estatales del Distrito Federal y Foráneas, con fundamento en lo establecido en el punto 11 de la convocatoria y normatividad vigente en la materia...

"...DESARROLLO DEL EVENTO...

*...SEXTO.- Siendo las once horas cuarenta horas (sic) del día diez de febrero del actual, y continuando con el desarrollo del acto de fallo de que se trata, después de reaunudar el último receso, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se comunica la **cancelación** de la licitación pública nacional número **00641322-053-10** para la **ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL PARA LAS DELEGACIONES REGIONALES Y ESTATALES DEL DISTRITO FEDERAL Y FORÁNEAS**, lo anterior derivado del análisis practicado al contenido de la investigación de mercado realizada por la convocante con fundamento en lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de la Ley, se **advierte que la metodología empleada de la cual no se consideraron las mismas condiciones en cuanto a los plazos, lugares de entrega y de pago de los bienes y demás circunstancias pertinentes que resulten aplicables que permitan la comparación objetiva de los bienes en igualdad de condiciones y que serviría de base para obtener y/o calcular un precio estimado para ser utilizado como referencia para la adquisición de los bienes licitados**, razón por la cual dicha **investigación de mercado** no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 26, sexto párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en relación con los artículos 28, 29, y 30 de su reglamento, **en concreto la información obtenida de cuando menos dos fuentes** (artículo 28 del Reglamento invocado); con el propósito de conocer los precios prevalecientes en el mercado (artículo 29 fracción III y apartado 2, fracción III del Reglamento de la Ley de la materia), **bajo las mismas condiciones en cuanto a los plazos y lugares de entrega de los bienes, la moneda a cotizar, la forma y términos de pago, las características técnicas de los bienes y demás***

077/2011

-12-

circunstancias pertinentes que resulten aplicables y que permitan la comparación objetiva entre bienes o servicios iguales o de la misma naturaleza, razón por la cual con la investigación de mercado, no se tiene la certeza del precio prevaleciente en el mercado y por tanto más conveniente para el instituto, que permita asegurar las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Lo anterior, toda vez que previo al inicio de los procedimientos de contratación previstos en el artículo 26 de la Ley antes invocada, en la especie licitación pública, las dependencias deberán de realizar una investigación de mercado de la cual se desprendan las condiciones que imperan en el mismo, respecto del bien, arrendamiento o servicio, objeto de la contratación a efecto de buscar las mejores condiciones para el estado, en virtud de que la investigación de mercado de referencia se llevó a cabo apartándose de las disposiciones aplicables conducentes, toda vez que sólo se utilizó una fuente de información, lo que se encuentra alejado de los preceptos legales invocados, aún cuando en la investigación de mercado se establece que se utilizaron cuatro fuentes, sin embargo sólo tenemos documentación y evidencia de haberse consultado una sola fuente, en los términos de la normatividad vigente , lo cual impide que este instituto obtenga las mejores condiciones de contratación en los términos previstos en el artículo 134 constitucional.-----

Asimismo, la cancelación que se instrumenta encuentra sustento además en los hechos derivados del acta de junta de aclaraciones a la convocatoria del procedimiento a la licitación pública nacional número 00641322-053-10 para la ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011, en la cual los licitantes Rogeri, S.A. de C.V. y Textiles y Confecciones San Pedro, S.A. de C.V. realizaron de entre otras las pregunta relacionada con el punto 2 penúltimo párrafo y punto 2.1 calidad, de los aspectos contenidos en la convocatoria, lo siguiente:-----

PREGUNTA

“MUESTRAS Y CALIDAD: PARA LAS MUESTRAS DE PRENDAS REQUERIDAS EN EL ANEXO 2, ES DE ENTENDERSE QUE PARA CUMPLIR CON LAS ESPECIFICACIONES, LAS DIMENSIONES DE LAS

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-13-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

-13-

PRENDAS SERÁN EVALUADAS POR UN LABORATORIO ACREDITADO POR LA ENTIDAD MEXICANA DE ACREDITACIÓN, CON EL MÉTODO DE PRUEBA ACREDITADO Y QUE LAS CARÁCTERÍSTICAS DEL DISEÑO SEAN TAMBIÉN VERIFICADAS VISUALMENTE Y REPORTADAS POR EL MISMO LABORATORIO, REFERENCIANDO LAS CLAVES QUE RESPALDA Y LOTE, ASÍ COMO LA FECHA DE EXPEDICIÓN SOLICITADA.-----

EL ÁREA CONTRATANTE **EMITE LA RESPUESTA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:**-----

"NO ES CORRECTA SU PRESIÓN (SIC).-----

LOS LICITANTES QUE ESTIMEN PERTINENTE PRESENTAR, CERTIFICADOS DE EVALUACIÓN DE LA CALIDAD SOBRE LA CONFECCIÓN DE LAS PRENDAS TEXTILES QUE OFERTEN, PODRÁN HACERLO. LA NO PRESENTACIÓN DE ESTOS CERTIFICADOS NO SERÁ CAUSA DE DESECHAMIENTO DE SUS PROPOSICIONES.-----

LO ANTERIOR SIN DETRIMENTO DE LO ESTABLECIDO EN LA CONVOCATORIA, EN ESPECÍFICO EL NUMERAL 9, ASÍ COMO LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 20 DEL REGLAMENTO DE ROPA DE TRABAJO Y UNIFORMES, ES DECIR, LA COMISIÓN NACIONAL MIXTA DE ROPA DE TRABAJO Y UNIFORMES SERÁ LA RESPONSABLE DE LA EVALUACIÓN TÉCNICA DE LAS MUESTRAS PRESENTADAS."-----

En atención a lo anterior, se tiene que con la respuesta emitida a la pregunta formulada por dichas empresas no permite la evaluación correspondiente en igualdad de condiciones generando una discrecionalidad en que fue establecido el cumplimiento del requisito de mérito, con lo cual de continuar con el procedimiento de contratación no se estaría asegurando al IMSS, las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes de acuerdo con lo establecido en el artículo 134 constitucional, en relación con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.-----

*En razón de lo anterior, y considerando que las condiciones contenidas en la convocatoria, no pueden ser negociadas bajo ninguna circunstancia y que en los procedimientos de contratación que realiza el Instituto Mexicano del Seguro Social, se debe exigir el cumplimiento de las normas oficiales mexicanas y de las normas mexicanas, y a falta de éstas, de las normas internacionales, a fin de no dejar en estado de indefensión del Instituto, al no obtener mejores propuestas se declara **cancelado** el procedimiento de la licitación pública*

077/2011

-14-

*nacional número 00641322-053-10 para la **ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011 RESPECTIVO**, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 y 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y el artículo 31 de su Reglamento...”*

De lo anteriormente transcrito se advierte por esta autoridad que los fundamentos y razones principales que sirvieron para cancelar la licitación de cuenta fueron :

- a) La convocante fundó su determinación de cancelar la licitación de cuenta en los artículos 26 y 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y 31 de su Reglamento.
- b) La convocante adujo como **razones para cancelar la licitación** controvertida:

❖ Que la investigación de mercado realizada para convocar del concurso de cuenta **fue elaborada sin apearse a los artículos 26, sexto párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público**, en relación con los artículos 28, 29 y 30 de su Reglamento ya que en dicho documento: **a)** no se consideraron las mismas condiciones en cuanto a los plazos, lugares de entrega y de pago de los bienes y demás circunstancias pertinentes que resulten aplicables, lo que impide obtener **un precio estimado de referencia** para adquirir los bienes licitados, y **b)** sólo existe evidencia documental de haber consultado a una **solamente fuente de información para su elaboración** lo que genera que no haya certeza del precio prevaleciente del mercado, y por tanto más conveniente para la entidad.

❖ Que en junta de aclaraciones, respecto a las **muestras de prendas** se estableció para los licitantes interesados que no era **obligatorio** presentar **certificados de evaluación de la calidad** de

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-15-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0763

-15-

la confección de las prendas, sino optativo, lo cual provoca una **discrecionalidad** para evaluar el cumplimiento de los requisitos, lo que no permitiría asegurar la mejores condiciones posibles de contratación para la entidad.

Precisado lo anterior, es necesario determinar cuáles son los supuestos previstos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público para cancelar un procedimiento de contratación, así como determinar en qué consiste cada uno de ellos, ello en razón de que la litis del presente asunto versa sobre la legalidad de la cancelación de la licitación controvertida.

El artículo 38, párrafo cuarto, se contienen las hipótesis sobre las cuales la Ley de la materia autoriza a las entidades y dependencias convocantes cancelar válidamente una licitación pública como la que nos ocupa, precepto que en lo que interesa señala:

"Artículo 38.-

*... Las dependencias y entidades **podrán cancelar una licitación, partidas o conceptos incluidos en éstas, cuando se presente caso fortuito; fuerza mayor; existan circunstancias justificadas que extingan la necesidad para adquirir los bienes, arrendamientos o servicios, o que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.** 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 del Título Sexto, Capítulo Primero de esta Ley..."*

De la atenta lectura a la parte conducente del artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se advierte por esta autoridad que las licitaciones pueden cancelarse válidamente **si se presenta** un acontecimiento que actualice una de las siguientes hipótesis: **a) caso fortuito, b) fuerza mayor, c) extinción de la necesidad de adquirir los bienes, arrendamientos o servicios licitados, y d) que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.**

077/2011

-16-

Asimismo el referido precepto señala que en la determinación de dar por cancelada la licitación, la convocada deberá precisar cuál fue el **acontecimiento** que motiva su decisión, es decir, el hecho o circunstancia que provocó que fuera inviable la continuación del procedimiento de contratación invocado; el cual sin duda alguna deb estar ligado precisamente a los supuestos de cancelación que el propio artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, indica.

Ahora bien, una vez determinadas las causas que establece la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público para cancelar una licitación es pertinente precisar en qué consiste cada una de ellas, para mejor comprensión del asunto que nos ocupa.

Por lo que se refiere a las hipótesis relativas al **caso fortuito** y **fuerza mayor**, debe señalarse que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público su Reglamento no señalan acepción alguna para dichas figuras jurídicas, igual situación acontece en la legislación sustantiva supletoria de la Ley de la Materia, el Código Civil Federal, que si bien los menciona en numerosas ocasiones no precisan los alcances de dichos conceptos.

No obstante lo anterior, la doctrina señala qué debe entenderse por dichos conceptos, lo cual encuentra soporte en la siguiente tesis, aplicable por analogía:

“DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”; mientras que en su párrafo tercero dispone que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-17-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011

0783

-17-

delito de que se trata.". Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.²

Precisado lo anterior, se tiene que la doctrina señala respecto del **caso fortuito y fuerza mayor**, que desde el punto de vista civil, no existe distinción práctica entre **caso fortuito y fuerza mayor**, toda vez que sus efectos son iguales, afirmando que dichas figuras presuponen el **incumplimiento de una obligación** derivada comúnmente de un contrato pero también conllevan la **liberación de responsabilidad al deudor por dicho incumplimiento**, refiriendo que dichas figuras se refieren a un **acontecimiento**³:

- ❖ **irresistible**, entendiéndose como áquel que implica una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación,

² Tesis emitida en la Novena Época, Registro: 189723, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Materia(s): Común, Tesis: 2a. LXIII/2001, Página: 448.

³ Véase acepción de Caso Fortuito de Jorge A. Sánchez Cordero Dávila y Carlos Vidal Riveroll, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. Editorial Porrúa, 2004, pp. 506 a 508.

077/2011

-18-

- ❖ **imprevisible**, esto es que se verifique a pesar de todas las precauciones tomadas para evitar el incumplimiento, y
- ❖ **Exterior**, es decir, que se produce fuera la responsabilidad del obligado. En esta última característica, algunos doctrinarios encuentran la distinción entre la figuras aludiendo que en la *fuerza mayor* el acontecimiento tiene como origen a la naturaleza o un factor metahumano, mientras que en el *caso fortuito*, surge de una conducta humana a pesar de que se tomaron todas las previsiones posibles para evitarlo.

A mayor abundamiento, las anteriores consideraciones doctrinales encuentran soporte también en tesis emitida por el Poder Judicial de la Federación en donde se señala, en esencia, que el **caso fortuito y fuerza mayor**, implican un **acontecimiento derivado de hechos de la naturaleza o del hombre, que están fuera del dominio de la voluntad del obligado a realizar una conducta, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar**. Dicha tesis, señala textualmente:

“CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. CUANDO EL ACTO O HECHO EN QUE SE SUSTENTA ES UN ACTO DE AUTORIDAD. La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido a cumplir por causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitar. A un acontecimiento de esa naturaleza se le llama caso fortuito o fuerza mayor. Los diversos tratadistas como Bonnetcase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también son acordes al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado. Las características principales de esta causa de inimputabilidad para el deudor son la imprevisibilidad y la generalidad, puesto que cuando el hecho puede ser previsto el deudor debe tomar las prevenciones

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-19-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011

0783

-19-

correspondientes para evitarlo y si no lo hace así, no hay caso fortuito o fuerza mayor; el carácter de generalidad implica que la ejecución del hecho sea imposible de realizar para cualquier persona, no basta, pues, con que la ejecución sea más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Así, cuando se trata de actos de autoridad, **que algunos autores como Manuel Borja Soriano catalogan dentro de la categoría de hechos provenientes del hombre, el hecho del príncipe, se da a entender a todos aquellos impedimentos que resultan de una orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública.**⁴

Ahora bien, por lo que se refiere a la tercera hipótesis prevista en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público referente a que **existan circunstancias justificadas que extingan la necesidad para adquirir los bienes, arrendamientos o servicios licitados**, la misma conlleva la convocante ya no requiere de los bienes solicitados mediante licitación, por alguna determinada razón, por ejemplo, insuficiencia presupuestal; sin embargo la razón debe de atender a la circunstancia de administrar con eficacia y eficiencia los recursos públicos que dispone la entidad convocante, con el objeto de no emplearlos en bienes y servicios que ya no serán utilizados por circunstancias justificadas.

Al respecto, es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 24 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, los recursos destinados a la adquisición de bienes deberán de administrarse atendiendo a los principios de **eficiencia, eficacia, economía, transparencia, honradez e imparcialidad** y buscarán satisfacer los objetivos para los cuales fueron destinados. Señala dicho precepto, lo siguiente:

“Artículo 24. La planeación, programación, presupuestación y el gasto de las adquisiciones, arrendamientos y servicios se sujetará a las disposiciones específicas del Presupuesto de Egresos de la Federación, así como a lo previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y demás disposiciones aplicables y los recursos destinados a ese fin se administrarán con eficiencia,

⁴ Tesis emitida por la Novena Época, Registro: 197162, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Enero de 1998, Materia(s): Civil, Tesis: II.1o.C.158 C, Página: 1069.

077/2011

-20-

eficacia, economía, transparencia, honradez e imparcialidad para satisfacer los objetivos a los que fueren destinados.

Finalmente, por lo que se refiere al cuarto supuesto que permite cancelar una licitación previsto en el multicitado 38, párrafo cuarto, de la Ley de la Materia, referente a que ***de continuarse con el procedimiento de contratación se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad***, debe señalarse por esta autoridad que la actualización del mismo implica necesariamente la conjunción de dos condiciones:

- 1) Que la convocante **identifique** un **daño** o **perjuicio** que pudiera afectar a la dependencia o entidad y
- 2) Que dicho daño o perjuicio **pueda ser** producido de continuarse con los eventos del procedimiento licitatorio.

Ahora bien, toda vez que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento, no refieren lo que deben entenderse por **daño y perjuicio**, es pertinente acudir a la legislación sustantiva supletoria de la materia, en el caso al Código Civil Federal, el cual define al **daño** como ***la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio*** y por **perjuicio** la ***privación de cualquiera ganancia lícita***. Señalan al respecto, en lo que interesan, los artículos 2108 y 2109 de dicho ordenamiento legal, lo siguiente:

“Artículo 2108.- Se entiende por daño *la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio*....”

Artículo 2109.- Se reputa perjuicio *la privación de cualquiera ganancia lícita*...

Así las cosas, una vez determinados los alcances de las hipótesis de cancelación de licitación establecidas en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, es pertinente señalar por esta autoridad a fin de completar el marco de referencia del acto impugnado, que los actos administrativos entre otros requisitos, deben estar **fundados y motivados**.

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-21-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011

0263

-21-

En efecto, señala al respecto el artículo 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de aplicación supletoria a la materia por disposición del artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en lo que aquí interesa lo siguiente:

*Artículo 3.- Son elementos y requisitos del acto administrativo:...V. **Estar fundado y motivado.***

En relación con lo anterior, sirve de soporte por analogía, el siguiente criterio del Poder Judicial de la Federación, en el cual se ha determinado que los requisitos de **fundamentación y motivación**, se colman **expresando con claridad el precepto legal aplicable al caso concreto y señalando con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto**. Soporta lo anterior la siguiente tesis jurisprudencial, aplicable por analogía al caso concreto:

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. De acuerdo con el artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad debe estar suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configure la hipótesis normativa. Esto es, que cuando el precepto en comento previene que nadie puede ser molestado en su persona, propiedades o derechos sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a todas las autoridades que apeguen sus actos a la ley, expresando de que ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo. En materia administrativa, específicamente, para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: a).- Los cuerpos legales y preceptos que se estén aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos

077/2011

-22-

normativos en que se encuadra la conducta del gobernado para que esté obligado al pago, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos, fracciones y preceptos aplicables, y b).- Los cuerpos legales, y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.”⁵

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, tomando en consideración lo manifestado por la convocante al efectuar la cancelación de la licitación controvertida, así como los alcances de las hipótesis previstas en el artículo 38, cuarto párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se determina por esta autoridad que el motivo de inconformidad cuyo estudio nos ocupa consistente, en que la cancelación no se encuentra debidamente fundado y motivado en virtud de que los motivos que alude la convocante para tomar dicha determinación no encuadran en ninguna de las cuatro hipótesis previstas en dicho precepto, planteamiento que resulta **fundado**, por las razones que continuación se expresan.

En efecto, **en primer lugar** es pertinente señalar por esta autoridad que de la simple lectura a la cancelación controvertida (fojas 288 a 291), se advierte una deficiente fundamentación del acto impugnado, toda vez que como lo evidencia el inconforme en su escrito de inconformidad (fojas 005 a 008), la convocante no señala cual de las citadas cuatro hipótesis de cancelación establecidas en el artículo 38, cuarto párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se actualizó en la licitación de cuenta, lo que provoca de manera clara un estado de indefensión para los licitantes **al no precisar el supuesto de ley aplicable al caso concreto**, obligándolos a deducir en cuál de las hipótesis previstas en el citado precepto se basó para cancelar el concurso de mérito, situación que implica una contravención a lo establecido en el artículo 3, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que ordena a la correcta fundamentación de los actos administrativos como lo es el ahora impugnado, además de que se aparta del criterio

⁵ Tesis emitida por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. No. Registro: 216,534 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 64, Abril de 1993, Tesis: VI. 2o. J/248, Página: 43.”

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-23-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0763

-23-

jurisprudencial antes citado de rubro "*FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*"⁶.

Ahora bien, en **segundo lugar** tal como lo aduce el inconforme, esta autoridad **no advierte** de la revisión a los argumentos de la convocante empleados para sustentar la cancelación de la licitación impugnada (fojas 288 a 291) que de las mismas se **acredite que se haya presentado un acontecimiento que actualice alguna de las hipótesis previstas en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de la materia, a saber: a) caso fortuito, b) fuerza mayor, c) extinción de la necesidad de adquirir los bienes, arrendamientos o servicios licitados, y d) que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.**

Lo anterior se afirma en razón de que ninguna de las razones esgrimidas por la convocante para cancelar la licitación impugnada (fojas 288 a 291) demuestra en estricto apego a derecho que la cancelación se sustentara en la presentación de un acontecimiento que implicara un **caso fortuito o fuerza mayor**, dado que los eventos expuestos en su argumentación referentes a una deficiente investigación de mercado así como establecer como opcional la presentación de certificados de calidad en las muestras de prendas, no demuestran que en la licitación de marras haya sobrevenido un **acontecimiento derivado de hechos de la naturaleza o del hombre, que estén fuera del dominio de la convocante, que no haya podido prever o que aún previéndolos no pudo evitarlos**, por la simple razón que los mismos tienen como origen la propia actuación de la convocante al elaborar el estudio de mercado y contestar las preguntas de licitantes en la junta de aclaraciones respectiva, y no un suceso externo, irresistible e imprevisible que pudiera configurar cualesquiera de las dos figuras jurídicas señaladas, esto es, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Tampoco se advierte de las transcritas causas de cancelación de la licitación de marras (fojas 288 a 291), que involucren una **extinción de la necesidad** de la entidad convocante de adquirir los bienes requeridos en la licitación pública que nos ocupa

⁶ Tesis emitida por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. No. Registro: 216,534 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 64, Abril de 1993, Tesis: VI. 2o. J/248, Página: 43.

077/2011

-24-

cuyo objeto es la **“ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011, CON ENTREGA EN LAS DELEGACIONES, CON PAGO EN NIVEL CENTRAL, RÉGIMEN ORDINARIO E IMSS-OPORTUNIDADES DEL INSTITUTO”**, y que por razones de eficacia y eficiencia en la administración de los recursos públicos se hubiere evitado la adquisición de bienes que no se emplearían por el Instituto, toda vez que como ya se dijo, las mismas se refieren a una deficiente investigación de mercado del concurso de mérito así como a condiciones de participación modificadas en junta de aclaraciones por lo que se refiere a los certificados de calidad exigidos para prendas de vestir.

Finalmente, esta autoridad considera, **que de ninguna forma se acreditó** por parte de la convocante al cancelar la licitación que nos ocupa, que se hubiera actualizado la última hipótesis referida en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, consistente en que *de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad.*

Ello se afirma en razón de que de la atenta revisión a los motivos en los que se basó la convocante para cancelar la licitación de cuenta (foja 228 a 291), esta autoridad administrativa advierte que los mismos **no sustentan en estricto apego a derecho** que de continuar con la licitación pública de marras hubiera la posibilidad de causar un **daño o perjuicio** a la convocante, ello en razón de que en la cancelación del concurso impugnado la convocante ni siquiera **identificó** en que consistiría, en el primer caso, **la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio** de la convocante, o bien, tratándose de los **perjuicios** cuál era la **privación de ganancia lícita** que tendría el **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL**, pues como se ha hecho referencia el fallo de cancelación impugnado obedeció a una deficiente investigación de mercado del concurso de mérito así como a condiciones de participación modificadas en junta de aclaraciones, respecto a los certificados de calidad exigidos para prendas de vestir.

No pasa inadvertido para esta resolutoria que a lo largo del punto SEXTO del acta de fallo del diez de febrero del dos mil diez, en donde se plasmó la cancelación de la

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-25-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

07707

-25-

licitación controvertida (fojas 288 a 291) la convocante aduce, también que con las condiciones en que estaba elaborado el estudio de mercado de la licitación de cuenta y tomando en cuenta la modificación a convocatoria en junta de aclaraciones, de haber establecido como optativa la presentación de los certificados de evaluación de la calidad de la confección de las prendas, no se garantizarían las mejores condiciones de contratación al Estado, respecto a lo cual se reitera esta autoridad, **tampoco identifica con precisión cuál podría ser el daño o perjuicio que sufriría la Institución convocante de seguir con el procedimiento de contratación controvertido**, por lo que dichas manifestaciones tampoco sustentan la citada cuarta causal de cancelación prevista en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

En consecuencia, es evidente para esta autoridad que la convocante no justificó porqué era procedente jurídicamente cancelar la licitación de cuenta, lo cual contravino lo dispuesto por el multicitado artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, debiendo considerarse que la cancelación es una figura de excepción, que sólo debe aplicarse cuando existan acontecimientos que deriven **forzosamente** en la misma y que impidan de manera contundente el buen término de un proceso licitatorio, toda vez que en todo momento debe privilegiarse que el Estado pueda satisfacer sus necesidades de contratación mediante la realización de licitaciones públicas abiertas a todos los participantes, tal como lo dispone el artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que en la parte conducente dispone:

“Artículo 26.-... Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones, solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección al medio ambiente y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la presente Ley...”

077/2011

-26-

En ese orden de ideas, debe señalarse por esta autoridad que la convocante incumplió con lo previsto en el artículo 3, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en razón de que **motivó indebidamente** la cancelación controvertida al no señalar razones o causas específicas que sustentaran que el hecho de haber elaborado, supuestamente, de manera deficientemente la investigación de mercado del concurso de cuenta y tornado en optativa la obligación de presentar certificados de calidad en las prendas, necesariamente actualizaran alguno de los supuestos normativos previstos en el artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, lo que provoca que en el caso que nos ocupa, no exista una adecuación entre los argumentos esgrimidos para cancelar la licitación de cuenta y la norma aplicable al caso concreto, esto es, los supuestos normativos previstos en el referido artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de la materia, como se ha hecho referencia en líneas precedentes.

Sustenta lo anterior, además de la transcrita tesis jurisprudencial de rubro **"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS"**⁷, los siguientes criterios emitidos por los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, en donde se abunda sobre el concepto de motivación, y señalan que no basta para colmar ese requisito, meramente referir las circunstancias especiales que la autoridad estime soportan la emisión del acto, sino que debe señalarse también los **razonamientos por los que considera que al caso concreto le es aplicable la norma legal invocada, esto es, el porqué se actualiza la hipótesis normativa**. Señalan dichas tesis, aplicables por analogía, textualmente lo siguiente:

"FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a

⁷ Tesis emitida por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. No. Registro: 216,534 Jurisprudencia Materia(s): Administrativa, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 64, Abril de 1993, Tesis: VI. 2o. J/248, Página: 43."

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-27-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0763

-27-

concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.⁸

"MOTIVACIÓN, CONCEPTO DE. La motivación exigida por el artículo 16 constitucional consiste en el razonamiento, contenido en el texto del acto autoritario conforme al cual quien lo emite llega a la conclusión de que el caso concreto se ajusta a las prevenciones legales que le sirven de fundamento."⁹

No desvirtúan la ilegalidad del acto impugnado acreditada en las anteriores consideraciones, el hecho de que al rendir su **informe circunstanciado de hechos** la convocante manifestara, en esencia, sobre el motivo de inconformidad que nos ocupa que (fojas 051 a 057):

1. La licitación de mérito fue cancelada en razón de que de la revisión a la investigación de mercado de la licitación impugnada, advirtió que la misma adolecía de los elementos esenciales requeridos en los artículos 2 y 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como 28, 29 y 30 de su Reglamento.
2. La cancelación del concurso impugnado se efectuó **para no causar daños y perjuicios al Instituto Mexicano del Seguro Social**, al no haberse llevado a cabo el estudio de mercado bajo la metodología de la normatividad de la materia, en específico por no considerar la igualdad de condiciones al no considerarse las mismas condiciones en cuanto a los plazos, lugares de entrega y de pago, además de que no existe

⁸ Tesis de número de Registro: 203,143, Jurisprudencia, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, III, Marzo de 1996, Tesis: VI.2o. J/43, Página: 769, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

⁹ Tesis de número de Registro: 213,531, Materia(s) Común, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XIII, Febrero de 1994, Tesis: Página: 357, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

077/2011

-28-

evidencia documental de haber consultado cuando menos dos fuentes de información no pudiendo precisarse el precio prevaleciente de mercado y que resulte más conveniente para el Instituto.

3. Las primeras tres hipótesis referidas en el 38, párrafo cuarto, de la Ley de la materia, a saber: *a) caso fortuito, b) fuerza mayor, y c) extinción de la necesidad de adquirir los bienes, arrendamientos o servicios licitados*, no aplican el presente caso sino que la cancelación se fundó en último supuesto normativo previsto en dicho numeral: *que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad*.
4. El daño que en su momento se causaría a la convocante sería el de adquirir bienes cuyos precios no se ajusten a la realidad del mercado, no garantizando la mejores condiciones posibles de contratación.
5. No es posible cuantificar los daños y perjuicios en razón de que la cancelación se efectuó precisamente para prevenir que se actualizaran los mismos.

Lo anterior en razón de que con las mismas no se acredita que la cancelación cuya impugnación nos ocupa haya estado apegada a derecho, toda vez que como ya se dijo el acto controvertido adolece de una **deficiente fundamentación y motivación**, al no precisar cual de todos los supuestos previstos en el artículo 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público le sirvió de sustento para determinar la cancelación del concurso de referencia, además no señalar las razones por las cuales consideró que el hecho de haber elaborado, supuestamente, de manera deficientemente la investigación de mercado del concurso de cuenta y tornado en optativa la obligación de presentar certificados de calidad en las prendas,

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-29-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0765

-29-

necesariamente actualizaran alguno de los supuestos normativos previstos en el citado artículo 38, párrafo cuarto, de la Ley de la materia.

Asimismo, los referidos planteamientos de la convocante tampoco demuestran que los motivos en los que se basó para cancelar la licitación pública en controversia, encuadren en alguna de las hipótesis contenidas en el 38, párrafo cuarto, de la Ley de la materia, a saber: *a) caso fortuito, b) fuerza mayor, c) extinción de la necesidad de adquirir los bienes, arrendamientos o servicios licitados, y d) que de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad*, en razón de que en **primer lugar**, la propia convocante **reconoce de manera expresa** que en la cancelación cuyo estudio nos ocupa, **no se actualizan** los primeros tres supuestos del citado artículo 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y por otra parte **en segundo término**, a pesar de que invoca la causal relativa a que *de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad* para sustentar su actuación, se reitera por esta autoridad que tampoco logra demostrar **cuál sería el daño o el perjuicio** que se le causaría al Instituto de proseguir con el procedimiento de contratación en controversia.

En efecto, las afirmaciones de la convocante sólo se limitan a afirmar de manera **dogmática y subjetiva** que el daño que se le causaría al Instituto sería la adquisición de bienes cuyos precios no se ajustan a la realidad (foja 054) y que los compromisos económicos hubieran sido muy altos de no haberse prevenido que se generarán los mismos (foja 056), sin que acrediten por sí mismos el **daño o perjuicio** que se le generaría a la convocante, al no **precisar** en que consistiría, en el primer caso, ***la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio*** del Instituto, o bien, tratándose de los **perjuicios** cuál era la ***privación de ganancia lícita*** que padecería la entidad.

En relación con lo anterior, no pasa desapercibido para esta autoridad, que la convocante aduce que los daños y perjuicios no son susceptibles de *probarse de manera directa* en el caso que nos ocupa, toda vez que los mismos no se actualizaron

077/2011

-30-

dada su actuación preventiva (foja 055), citando al efecto la tesis aislada de rubro "**DAÑOS Y PERJUICIOS**"¹⁰ dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Quinta Época, el cual señala únicamente respecto a los perjuicios, que los mismos no son susceptibles de demostrarse con pruebas directas y rigurosas, por lo que debe conformarse con la existencia relativa de los mismos.

Sobre el particular es pertinente señalar que dicho argumento es **infundado**, en razón de que para la procedencia de la cancelación al tenor de la cuarta hipótesis prevista en el artículo 38, párrafo cuarto de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público relativa a que *de continuarse con el procedimiento se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la propia dependencia o entidad*, se exige de manera clara que se **identifique** con precisión cual sería el daño o perjuicio que se le causaría a la convocante, debiendo señalarse además que en tesis de jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación en época más reciente, ha establecido que la existencia y alcance de los **daños y perjuicios** debe demostrarse **de manera autónoma** al hecho al que se le imputa su generación, esto es, si una parte desea reclamarlos debe probar su existencia cierta, lo cual aplicado al caso que nos ocupa, confirma que la convocante tiene obligación de demostrar con medio de prueba idóneo así como con argumentos técnicos y económicos, cuál sería el **daño y perjuicio** que de continuar con la licitación se causaría a la dependencia y entidad. Señala dicha tesis, de aplicación por analogía, al caso concreto, lo siguiente:

DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTÓNOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EN QUE SE FUNDEN, EN TANTO ESTA ÚLTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN. Si bien conforme a lo dispuesto por el artículo 2110 del Código Civil Federal, tales renglones deben ser el resultado del incumplimiento de una obligación, no puede sostenerse que ante tal supuesto el afectado forzosa y necesariamente sufra pérdida o menoscabo en su patrimonio o se vea privado de cualquier ganancia lícita de acuerdo con los artículos 2108 y 2109 del propio ordenamiento, pues casos habrá en que aun ante el deber incumplido ninguna afectación de aquella índole traiga consigo.

¹⁰ Tesis de número de Registro: 352656, Instancia: Segunda Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, LXXI, Materia(s): Común, Tesis: Página: 423. Quinta Época

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-31-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011

2783

-31-

*De lo anterior se sigue que **no basta con demostrar el extremo aludido para sostener que se materializaron los daños y perjuicios, que por lo mismo deben probarse en forma independiente, ya que sostener lo contrario conduciría a decretar una condena en forma automática aun en aquellos casos en que no se resintió ninguna de las afectaciones a que se hizo mérito.** Tal es el sentido de la jurisprudencia que puede verse en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Cuarta Parte, página 357, que dice: "DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENÉRICA.-Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y los códigos procesales de los Estados de la República que tienen iguales disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia.". **Desde el momento en que el criterio exige las pruebas del derecho a ser indemnizado, éste no puede ser otro que la presencia de la pérdida, menoscabo o privación que ya quedaron mencionados y, por tanto, si no quedan acreditadas no habrá lugar a la condena por daños y perjuicios, aunque prevalezca la relacionada con que la obligación debe cumplirse.**¹¹*

A mayor abundamiento, es pertinente señalar por esta autoridad que la convocante manifestó en el acta de cancelación (fojas 288 a 291) así como en el informe circunstanciado de hechos (fojas 048 a 069), esencialmente, que era inviable continuar con la licitación controvertida al no contar para el concurso de mérito con un estudio de mercado elaborado en estricto apego a la normatividad de la materia, que pudiera dar certeza en cuanto a que los precios propuestos por los licitantes fueren acordes con los imperantes en el mercado.

Al respecto, se pronuncia esta autoridad en el sentido de que dichos argumentos resultan equívocos, puesto que no solamente se puede emplear el estudio de mercado para determinar que los precios propuestos por los licitantes sean aceptables, y ni siquiera se toma en cuenta para determinar si los mismos son convenientes para la entidad convocante, como a continuación se acredita.

¹¹ Tesis emitida por el SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Novena Época, Registro: 184165, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVII, Junio de 2003, Materia(s): Civil, Tesis: 1.7o.C. J/9, Página: 727

077/2011

-32-

En efecto, se señala lo anterior partiendo del hecho de que la licitación que nos ocupa, se convocó utilizando como criterio de evaluación **binario** según se desprende de la atenta lectura al punto 9 "Criterios para la evaluación de la proposiciones y adjudicación de los contratos" (foja 091).

Dicho sistema de evaluación de propuestas tiene sustento en el artículo 36, segundo párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el cual señala sobre el particular que:

"Artículo 36. Las dependencias y entidades para la evaluación de las proposiciones deberán utilizar el criterio indicado en la convocatoria a la licitación.

*En todos los casos las convocantes deberán verificar que las proposiciones cumplan con los requisitos solicitados en la convocatoria a la licitación; **la utilización del criterio de evaluación binario, mediante el cual sólo se adjudica a quien cumpla los requisitos establecidos por la convocante y oferte el precio más bajo**, será aplicable cuando no sea posible utilizar los criterios de puntos y porcentajes o de costo beneficio. En este supuesto, la convocante evaluará al menos las dos proposiciones cuyo precio resulte ser más bajo; de no resultar éstas solventes, se evaluarán las que les sigan en precio..."*

En ese orden de ideas, la adjudicación derivada de la aplicación del sistema **binario** se regula en el artículo 37, fracción II, de la Ley de la Materia, en donde se señala que la propuesta a fin de resultar adjudicada, no solamente deberá ofrecer el precio más bajo sino el más **conveniente** a fin de poder resultar ganadora :

"Artículo 36 Bis. Una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará al licitante cuya oferta resulte solvente, porque cumple con los requisitos legales, técnicos y económicos establecidos en la convocatoria a la licitación, y por tanto garantiza el cumplimiento de las obligaciones respectivas y, en su caso:

I. La proposición haya obtenido el mejor resultado en la evaluación combinada de puntos y porcentajes, o bien, de costo beneficio;

*II. De no haberse utilizado las modalidades mencionadas en la fracción anterior, **la proposición hubiera ofertado el precio más bajo, siempre y cuando éste resulte conveniente. Los precios ofertados que se encuentren por debajo del precio conveniente, podrán ser desechados por la convocante, y...***

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-33-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0733

-33-

Ahora bien, por su parte el artículo 2, fracciones XI y XII, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, define qué debe entenderse por precio aceptable y por precio conveniente, en donde se advierte que para la determinación del precio conveniente no interviene la investigación de mercados, y para el caso del precio aceptable si bien se contempla la utilización del estudio de mercado ello es opcional toda vez que pueden emplearse también para determinarlo el promedio de las ofertas presentadas en la licitación. Dispone el referido precepto, lo siguiente:

“Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

[...]

*XI. **Precio no aceptable:** es aquél que derivado de la investigación de mercado realizada, resulte superior en un diez por ciento al ofertado respecto del que se observa como mediana en dicha investigación o en su defecto, el promedio de las ofertas presentadas en la misma licitación, y*

*XII. **Precio conveniente:** es aquel que se determina a partir de obtener el promedio de los precios preponderantes que resulten de las proposiciones aceptadas técnicamente en la licitación, y a éste se le resta el porcentaje que determine la dependencia o entidad en sus políticas, bases y lineamientos.”*

Dicha disposición encuentra a su vez soporte en el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en donde se desarrolla de manera amplia el cálculo tanto del precio conveniente como del aceptable para fines de adjudicación, pero manteniendo los principios referidos en el artículo 2, fracciones XI y XII, de la Ley de la materia, esto es que el estudio de mercado **será solamente utilizado para calcular el precio aceptable**, y que su empleo solamente es opcional para la convocante, al disponer que también podrá *utilizar como referencia los precios de las ofertas presentadas en la misma licitación pública* para calcularlo, con lo cual se puede afirmar que el estudio de mercado constituye una herramienta más para la convocante para tener referencia de los precios de mercado, más no constituye el único elemento.

077/2011

-34-

Señala el referido artículo 51 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, lo siguiente:

***“Artículo 51.-** Los criterios para evaluar la solvencia de las proposiciones, deberán guardar relación con los requisitos y especificaciones señalados en la convocatoria a la licitación pública para la integración de las propuestas técnicas y económicas.*

***La aplicación del criterio de evaluación binario** a que se refiere el segundo párrafo del artículo 36 de la Ley será procedente en aquellos casos en que la convocante no requiera vincular las condiciones que deberán cumplir los proveedores con las características y especificaciones de los bienes a adquirir o a arrendar o de los servicios a contratar porque éstos se encuentran estandarizados en el mercado y el factor preponderante que considera para la adjudicación del contrato es el precio más bajo. El Área contratante deberá justificar la razón por la que sólo puede aplicarse el criterio de evaluación binario y no el de puntos o porcentajes o de costo beneficio, dejando constancia en el expediente del procedimiento de contratación.*

El cálculo de los precios no aceptables y los precios convenientes, sólo se realizará cuando se utilice el criterio de evaluación binario y al efecto se atenderá lo siguiente:

***A. El cálculo de los precios no aceptables** se llevará a cabo únicamente cuando se requiera acreditar que un precio ofertado es inaceptable para efectos de adjudicación del contrato, porque resulta superior al porcentaje a que hace referencia la fracción XI del artículo 2 de la Ley, o para efectos de lo dispuesto en los incisos b) de la fracción II y a) de la fracción III del artículo 28 o primer y segundo párrafos del artículo 38 de la Ley.*

Para calcular cuándo un precio no es aceptable, los responsables de hacer la evaluación económica aplicarán cualquiera de las siguientes opciones:

I. Cuando se considere como referencia el precio que se observa como mediana en la investigación de mercado, ésta se obtendrá de la siguiente manera:

a) Se considerarán todos los precios obtenidos de la investigación de mercado y se ordenarán de manera consecutiva del menor al mayor;

b) En caso de que la serie de precios obtenidos resulte impar, el valor central será la mediana, y

c) Si la serie de precios obtenidos es un número par, se obtendrá el promedio de los dos valores centrales y el resultado será la mediana;

II. Cuando se consideren como referencia los precios de las ofertas presentadas en la misma licitación pública, se deberá contar con al menos tres proposiciones aceptadas técnicamente y el promedio de dichas ofertas se obtendrá de la siguiente manera:

a) Se sumarán todos los precios ofertados en el proceso de licitación pública que se aceptaron técnicamente;

b) El resultado de la suma señalada en el inciso que antecede se dividirá entre la cantidad de precios considerados en el inciso anterior, y

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 079/2011

-35-

DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

EXPEDIENTE No. 077/2011 0789

-35-

c) El promedio será el resultado de la división a que se refiere el inciso anterior.

A las cantidades resultantes de las operaciones efectuadas en las fracciones anteriores se les sumará el porcentaje previsto en la fracción XI del artículo 2 de la Ley o, en su caso, el señalado en el segundo párrafo del artículo 38 de la Ley. Cuando algún precio ofertado sea superior al resultado de esta última operación, éste será considerado como no aceptable.

B. El cálculo del precio conveniente únicamente se llevará a cabo cuando se requiera acreditar que un precio ofertado se desecha porque se encuentra por debajo del precio determinado conforme a la fracción XII del artículo 2 de la Ley.

Para calcular cuándo un precio es conveniente, los responsables de hacer la evaluación económica aplicarán la siguiente operación:

I. Los precios preponderantes de las proposiciones aceptadas en una licitación pública, son aquéllos que se ubican dentro del rango que permita advertir que existe consistencia entre ellos, en virtud de que la diferencia entre los mismos es relativamente pequeña;

II. De los precios preponderantes determinados, se obtendrá el promedio de los mismos. En el caso de advertirse la existencia de dos o más grupos de precios preponderantes, se deberá tomar el promedio de los dos que contengan los precios más bajos;

III. Al promedio señalado en la fracción anterior se le restará el porcentaje fijado en las políticas, bases y lineamientos de las dependencias y entidades, el cual no podrá ser inferior al cuarenta por ciento, y

IV. Los precios cuyo monto sea igual o superior al obtenido de la operación realizada conforme a este apartado serán considerados precios convenientes.

La convocante que, en términos de lo dispuesto en este artículo, deseché los precios por considerar que no son convenientes o determine que son no aceptables, no podrá adjudicar el contrato a los licitantes cuyas proposiciones contengan dichos precios, debiendo incorporar al fallo lo señalado en la fracción III del artículo 37 de la Ley."

En consecuencia no se acredita que la actuación de la convocante, al cancelar, la licitación de cuenta, se haya apegado a derecho.

Respecto a los demás motivos de inconformidad señalados en el inciso b) y c) del Considerando **SEXTO** de la presente resolución, no es el caso formular pronunciamiento alguno en lo particular ya que a nada práctico conduciría, en razón de que como ya quedó demostrado en el presente considerando, la convocante no acreditó que en la licitación de mérito se haya presentado un acontecimiento que hiciera necesaria la cancelación del concurso impugnado.

077/2011

-36-

Sirven de sustento a lo anterior, por analogía, la Jurisprudencia No, 440, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Compilación 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis Comunes, Volumen II, Pág. 775, que señala:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO. Si del amparo que se concede por uno de los capítulos de queja, trae por consecuencia que se nulifiquen los otros actos que se reclaman, es inútil decidir sobre éstos.”

OCTAVO. Valoración de Pruebas. La presente resolución se sustentó en las **probanzas documentales**, instrumental de actuaciones y presuncional legal y humana, ofrecidas por la empresa accionante en su escrito de impugnación inicial, respecto de las cuales, con fundamento en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se les otorga valor probatorio en cuanto a la existencia de su contenido, las cuales acreditan que la actuación de la convocante contravino la normatividad de la materia al tenor de los razonamientos lógico jurídicos expuestos en el considerando Séptimo de la presente resolución, probanzas que se desahogaron por su propia y especial naturaleza, en acuerdo del **nueve de marzo del año en curso** emitido en el expediente de cuenta.

También se sustentó la presente resolución en las documentales ofrecidas por la convocante en oficio **09-53-84-61-14A1/001928** (fojas 048 a 069) recibido el **tres de marzo de dos mil once**, probanzas que se desahogaron por su propia y especial naturaleza conforme al acuerdo **nueve de marzo del año en curso**, respecto de las cuales, con fundamento en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se les otorga valor probatorio en cuanto a su contenido, sin embargo, las mismas no acreditaron al tenor de lo razonado y expuesto el considerando Séptimo de la presente resolución, que su actuación al cancelar la licitación impugnada se haya apegado a derecho.

Respecto a los alegatos concedidos a las empresas inconforme, mediante proveído del **nueve de marzo del dos mil once** y que fueron desahogados mediante escrito

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-37-

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 077/2011

0768

-37-

recibido en el Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el **INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL** el **quince marzo del dos mil once** (fojas 303 a 306), se señala por esta autoridad que la empresa actora deberá estarse a los razonamientos expuestos por esta autoridad en el considerando Séptimo de la presente resolución, en donde se acreditó que la convocante canceló la licitación de mérito en contravención a la normatividad de la materia.

NOVENO. Declaración de nulidad y directrices para el cumplimiento de la resolución. Por lo anteriormente expuesto esta Dirección General, ante la actuación de la convocante contraria a derecho, y a efecto de garantizar la transparencia así como la legalidad que deben revestir procedimientos de esta naturaleza, con fundamento en los artículo 15, primer párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, conforme al cual, los actos, convenios y contratos que se celebren en contravención a dicha Ley serán nulos previa determinación de la autoridad competente y 74, fracción V, de la Ley de la Materia, **se decreta la nulidad de la cancelación de la licitación pública nacional No. 00641322-053-10**, conforme a los razonamientos expuestos por esta autoridad en el considerando Séptimo de la presente resolución.

En ese orden de ideas, tomando en consideración que las causas alegadas por la convocante en el acta de fallo del **diez de febrero del dos mil once** para **cancelar** la licitación de referencia no acreditaron actualizar ninguna de las hipótesis de procedencia de la cancelación en términos del cuarto párrafo, del artículo 38 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, con fundamento en el artículo 74, fracción V, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la convocante deberá reponer los actos irregulares a la normatividad de la materia, conforme a las siguientes **directrices**:

A) Evaluar las ofertas presentadas, emitir el dictamen y fallo respectivo conforme a derecho, dar a conocer de manera fundada y motivada su determinación de adjudicar

077/2011

-38-

o desechar cada una de las propuestas, haciéndolo del conocimiento de los licitantes conforme a la normatividad de la materia.

B) Para el debido acatamiento de la presente resolución, la convocante **deberá observar** los razonamientos expuestos en el considerando **SÉPTIMO** de la presente resolución.

De conformidad con el artículo 75, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se concede a la convocante un plazo de **seis días hábiles** para efecto de que dé cumplimiento a la presente resolución, y remita a esta unidad administrativa las constancias que lo acrediten.

Por lo tanto, con fundamento en todos y cada uno de los preceptos jurídicos invocados, es de resolverse y se:

RESUELVE

PRIMERO. Es fundada la inconformidad descrita en el resultando "PRIMERO" de la presente resolución.

SEGUNDO. Se decreta la nulidad **de la cancelación de la licitación pública nacional No. 00641322-053-10**, en términos de lo dispuesto en los artículo 15, primer párrafo, y 74, fracción V, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, por las consideraciones y para los efectos precisados en los considerandos **SÉPTIMO** y **NOVENO** de la presente resolución.

TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74, último párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la presente resolución puede **ser impugnada por los particulares** mediante el recurso de revisión previsto por el Título Sexto, Capítulo Primero de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien cuando proceda, impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes.

**DIRECCION GENERAL DE CONTROVERSIAS Y SANCIONES
EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

EXPEDIENTE No. 079/2011

-39-

Por tanto, tomando en consideración que esta unidad administrativa ya declaró la nulidad de la cancelación –aquí también impugnada–, resulta evidente que la inconformidad que nos ocupa deviene **improcedente**, en virtud de que el acto impugnado por la inconforme, se reitera, la **cancelación del concurso de mérito**, ha dejado de surtir efectos como consecuencia de la resolución No. **115.5.0768** de **ocho de abril del dos mil once** dictada en el diverso expediente **077/2011** que, como se dijo, declaró la nulidad de cancelación de la licitación pública nacional número **No. 00641322-053-10**, celebrada para la **ADQUISICIÓN DE ROPA CONTRACTUAL Y MÉDICOS RESIDENTES PARA EL SUMINISTRO DEL AÑO 2011, CON ENTREGA EN LAS DELEGACIONES, CON PAGO EN NIVEL CENTRAL, RÉGIMEN ORDINARIO E IMSS-OPORTUNIDADES DEL INSTITUTO.**

Por tanto, con fundamento en lo dispuesto en la fracción III, de los artículos 67, en relación con el 68, fracción III, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, esta autoridad determina **sobreseer** la presente inconformidad.

Por lo antes expuesto, se

R E S U E L V E

PRIMERO.- Con fundamento en el artículo 74, fracción I, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, se **sobresee** el presente asunto, al haber sobrevenido la causal de improcedencia prevista en el 67, fracción III, del mismo ordenamiento legal, al tenor de lo establecido en el considerando **CUARTO** de la presente resolución.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74, último párrafo, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la presente resolución puede **ser impugnada por los particulares** mediante el recurso de revisión previsto por el Título Sexto, Capítulo Primero de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes.

