

# El Contrato Administrativo y la Licitación Pública

Jorge Fernández Ruiz\*

## Resumen:

Para alcanzar sus fines, el Estado requiere de la colaboración voluntaria de los particulares, lo cual se concreta mediante el contrato administrativo, cuya adjudicación suele verse trastocada por el flagelo de la corrupción. Entre los mecanismos utilizables para evitar y combatir la corrupción administrativa en la adjudicación de los contratos administrativos, destaca la licitación pública.

## Palabras clave:

Adjudicación – Colaboración de particulares – Contrato administrativo – Corrupción – Licitación pública

## Abstract:

To achieve its goals, the State requires the voluntary collaboration of individuals, which takes form of an administrative contract, whose award is often disrupted by administrative corruption. Public tendering stands out among the mechanisms to prevent and fight administrative corruption in the award of administrative contracts.

## Keywords:

Awarding – Administrative contract – Corruption – Public tendering

## Sumario:

1. Los fines del Estado – 2. La colaboración de los particulares – 3. El surgimiento del contrato administrativo – 4. La corriente positiva del contrato administrativo. 5. El acento administrativo en el contrato – 6. La corrupción – 7. La licitación – 8. Conclusiones – 9. Bibliohemerografía

\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México.

## 1. Los fines del Estado

Los fines del Estado determinan su actividad; en consecuencia, todo Estado tiene un *telos*, es decir, un conjunto de fines, básicamente variables en el tiempo y en el espacio. A este respecto, Andrés Serra Rojas observa:

*La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo con su propia naturaleza<sup>1</sup>.*

## 2. La colaboración de los particulares

Para el logro de los fines comunes a todos los Estados, éstos se ven precisados a utilizar recursos humanos, materiales y financieros, es decir, personas físicas, bienes y servicios, a cuyo efecto toda administración pública requiere de la colaboración de los particulares, la cual se obtiene de manera voluntaria o forzosa; en el primer caso, en el libre ámbito de la bilateralidad contractual; en cambio, en el segundo, en el ámbito autoritario de la unilateralidad.

De esta suerte, la administración pública obtiene la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda; contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concesiona servicios públicos o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y por otra parte, el Estado logra la colaboración forzosa de los particulares, mediante la nacionalización, la expropiación, la requisa y la leva.

La colaboración voluntaria se da, pues, bajo el esquema contractual, primero dentro del marco del derecho privado, y, más tarde, con sujeción a un régimen jurídico especial, tras del advenimiento del derecho administrativo.

## 3. El surgimiento del contrato administrativo

La aparición del contrato administrativo estuvo muy distante de ser pacífica. Numerosos e importantes juristas impugnaron su existencia, en un esfuerzo por desvirtuar los argumentos de quienes lo postulaban como una categoría contractual especial, diferente a la del contrato regulado por el derecho ordinario<sup>2</sup>.

En la actualidad, el contrato administrativo ha logrado su aceptación general tanto en la legislación como en la jurisprudencia y en la doctrina.

## 4. La corriente positiva del contrato administrativo

La teoría del contrato administrativo surge y se desarrolla en clara compenetración con la idea del servicio público, razón por la cual muchos autores han supeditado el carácter administrativo de un contrato a su vinculación con un servicio público.

En México, la aceptación del contrato administrativo nos viene de larga data, porque hace catorce décadas, el jurista oaxaqueño José María del Castillo Velasco, al ocuparse de las obras públicas y de las contrataciones, en el capítulo VI de su Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano daba por aceptado el contrato administrativo, acerca del cual comentó:

*«Dos elementos necesarios deben distinguirse en todo contrato administrativo; el primero: las estipulaciones generales o especiales que ligan recíprocamente a la administración y al contratista, y el segundo: los principios y doctrinas que rigen en la materia y se aplican a todas las obligaciones de la misma naturaleza, según se consignan en las leyes comunes. Así pues, estos principios generales del derecho suplen la falta de reglas positivas, declaran el sentido de las cláusulas oscuras o ambiguas, y en fin constituyen el fundamento de la jurisprudencia administrativa en orden a los contratos de obras y servicios públicos.*

*Uno de los puntos en que estos se apartan más de los ordinarios es la mayor libertad de disolverlos mediante la rescisión. En efecto, los contratos de obras y servicios públicos se rescinde»<sup>3</sup>.*

Puede decirse justificadamente que los autores que han desarrollado la moderna doctrina mexicana en materia de derecho administrativo también se pronuncian de manera unánime por la pertinencia del contrato administrativo, como una categoría contractual distinta a los del derecho privado, como lo podemos comprobar en las obras de Fraga y Serra Rojas, por citar a quienes más han profundizado en el tema.

## 5. El acento administrativo en el contrato

El disenso respecto del factor que confiere el carácter administrativo de un contrato ha dado

1 Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, 10<sup>o</sup> ed., México, Porrúa, 1981, T. I, p. 23.

2 Fernández Ruiz, Jorge, Derecho administrativo. Contratos, 3<sup>a</sup> ed. México, Porrúa, 2009, p. 117.

3 Castillo Velasco, José María del *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, México, Taller de imprenta de la Escuela de Artes y Oficios para mujeres, 1875, t. II, p. 49.

lugar a diversas teorías, entre las que destacan la subjetiva, la jurisdiccional, la formal, la substancial o de la naturaleza del contrato, la voluntarista, la de la cláusula exorbitante, la legalista, la teleológica, la del servicio público, la de la desigualdad de las partes o de la subordinación jurídica, y la mixta<sup>4</sup>.

Sin duda, la más pragmática de las teorías formuladas para determinar el carácter administrativo de un contrato es la teoría legalista, conforme a la cual sólo serán administrativos los contratos que la ley determine como tales; por ejemplo, el artículo 50 de la derogada Ley de Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1980, disponía: «Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público.»

Para quien esto escribe, a efecto de determinar con certeza si un contrato dado es de carácter administrativo, será necesario que reúna las características siguientes:

- Una de sus partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa;
- Su celebración observe formalidades especiales;
- Su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no contrarias al derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y, por tanto, imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares;
- Tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público; o el logro del interés público, o de la utilidad pública, y;
- Las controversias que suscite sean de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.

## 6. La corrupción

La corrupción y la impunidad, al igual que el crimen organizado, son fenómenos que se dan lo mismo en los países pobres que en los ricos, en detrimento de la administración pública y de la sociedad; se trata de una expresión peculiar de la economía globalizada, su dinero sucio viaja por los mismos ductos que el de las finanzas especulativas; uno y otro requieren para su expansión de la reducción de la regulación y del control del Estado, por ello ambos se sustentan y apoyan mutuamente.

Un factor de la inestabilidad estatal es la corrupción: en lo político, destruye la credibilidad de las autoridades y corroe las entrañas mismas del Estado al sobreponer el interés particular –oscuro, ilegítimo e inconfesable– del funcionario público que participa en la celebración de los contratos administrativos, al interés del ente estatal, de la nación y de la comunidad, en detrimento de la democracia, de la justicia y del derecho.

La corrupción distorsiona, en el ámbito económico, la oferta, la demanda, los precios y, en general, las condiciones del mercado; desestimula la inversión, incrementa la desconfianza para realizar operaciones bancarias, bursátiles y comerciales; en general, eleva los costos de operación de las empresas, lo que redundará en perjuicio del desarrollo sustentable.

Conlleva la corrupción pública el deliberado desorden en el desempeño del quehacer público, con miras a la obtención de un beneficio ilícito de quienes lo tienen a su cargo; sin duda, la corrupción es uno de los graves males endémicos y universales que amenaza de manera permanente y constante el correcto ejercicio de todo poder público, independientemente del tipo y de la ideología del sistema político en que se encuentre inmerso, habida cuenta que, como dijera hace más de un siglo Sir John Emeric Edward Dalberg Acton, «*el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente*».

La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas por veintiún Estados la mañana del 29 de marzo de 1996, reconoce en su preámbulo la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculadas con dicho ejercicio. Ante tal necesidad, los Estados Partes convienen expresamente, en el artículo III de dicha Convención, la aplicabilidad de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia en la celebración de los contratos de la administración pública, como son los de adquisición de bienes y servicios.

Se agrava tremendamente la corrupción cuando se asocia, en perversa simbiosis, con la impunidad, porque entonces se corre el riesgo de generalizarse ambas en todas las instituciones públicas sin

4 Véase: Nava Negrete, Alfonso, «Contratos privados de la administración pública», Revista de la Facultad de Derecho, México, tomo XIII, número 51, julio-septiembre de 1963, pp. 701-736; Villasana Rangel, Patricia, El contrato de obra pública en México, tesis, Escuela de Derecho, Universidad del Pedregal, México, 1997, pp. 16 y 17; Zavala, Guillermo Federico, «La evolución del concepto del contrato administrativo», La ley, Buenos Aires, tomo 73, enero-marzo de 1954, 9 de febrero de 1954, pp. 1-5.

excepción de nivel alguno, y permear a la sociedad hasta formar en ella una férrea cuanto corrupta costumbre, conforme a la cual el *establishment* expulsará al servidor público honrado como a un ser extraño, como prueba de haberse convertido en un país de cínicos. Consiguientemente, habrá de considerarse a la corrupción y a la impunidad como lo que en rigor son: una grave amenaza latente para todo el sector público y para la sociedad entera; en consecuencia, no debe escatimarse esfuerzo alguno ni medida necesaria para prevenirla, combatirla y reprimirla, so pena de naufragar en el proceloso mar de la inmoralidad, el cinismo y la ignominia.

En consecuencia, el combate a la corrupción requiere de una estrategia que impida asociarla con la impunidad, mediante el diseño e implantación en cada país de un idóneo régimen jurídico que norme de manera adecuada y efectiva la actuación de los servidores públicos –con especial cuidado de las áreas del sector público más vulnerables a la corrupción– y precise sus deberes, obligaciones y posibles responsabilidades, mediante una normativa jurídica específica eficaz. Esa normativa debe poner especial énfasis en la regulación de la adjudicación y control de los contratos administrativos de la administración pública, por constituir uno de los nichos de corrupción que produce los mayores dividendos a sus autores.

Las múltiples reformas realizadas en México durante las dos últimas décadas a la legislación que regula la contratación de obra pública y de adquisición de bienes y servicios por parte del sector público, parecen ejercicios de *gatopardismo*, cuya fórmula, expuesta por Giuseppe Tomassi de Lampedusa, en su célebre novela «*El gato pardo*», consiste en cambiar todo para que todo quede igual, habida cuenta que, a pesar de las escasas y modestas mejorías logradas mediante tales reformas, la actual regulación jurídica mexicana de los contratos administrativos, dados los evidentes defectos de que todavía adolece, aún dista mucho de ser la herramienta jurídica adecuada para el combate a la corrupción en áreas tan proclives a ella, como son las encargadas de la adjudicación y control de los contratos administrativos relativos a la deuda pública, la obra pública, y la adquisición, suministro de bienes muebles y de servicios.

En efecto, se puede observar que en diversos países persisten intocadas grandes deficiencias en la materia de contratación pública, como la escasez de regulación y de control, así como la ausencia de licitación o de mecanismos sucedáneos y excesiva discrecionalidad en los empréstitos

públicos; la carencia de padrones de proveedores y contratistas; el no exigir garantías seriedad en sus ofertas a quienes participan en las licitaciones de adjudicación de contratos administrativos; y la frecuente adjudicación de numerosos contratos administrativos, sin cumplir con la modesta normativa aplicable son, entre otras, añejas lacras pendientes de eliminar en el marco jurídico de los contratos administrativos y en la praxis de su aplicación.

## 7. La licitación

En la lengua española, licitar significa ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda; licitación es la acción y efecto de licitar; desde la perspectiva jurídica administrativa, la licitación tiene el propósito de determinar al co-contratante financiera, técnica y moralmente idóneo de la administración pública; en razón del precio y condiciones que ofrece en su propuesta en respuesta a una convocatoria o invitación formulada por la propia administración; en opinión de Armando Emilio Grau, la licitación «es el procedimiento administrativo, realizado con intervención de los concurrentes, para seleccionar al contratista y celebrar un contrato. Así, se reúnen los elementos definitorios fundamentales: 1º naturaleza jurídica (procedimiento administrativo); 2º concurrencia; y 3º fin (creación una relación contractual)»<sup>5</sup>.

### 7.1 Etapas de la contratación administrativa

El contrato administrativo está previsto en México como la culminación de un proceso integrado en tres etapas: la preliminar debe dedicarse a orientar a la administración pública en la celebración de sus contratos y su consiguiente aplicación de recursos; incluye las actividades de planeación, programación y presupuestación de los contratos del sector público, de acuerdo con los fines, objetivos y metas predeterminados por el Estado, para garantizar un desarrollo integral, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, del empleo y de una más justa distribución del ingreso y la riqueza, propicie el sano ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. La etapa ejecutiva del proceso de contratación administrativa, incluye la selección del co-contratante de la administración pública, que admite varias modalidades, una de las cuales es la licitación; en tanto que la etapa final atañe principalmente a la terminación y finiquito del contrato, a exigir la evicción y saneamiento

5 Grau, Armando Emilio, «Licitación (Derecho administrativo)», Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, t. XVIII, p. 702.

cuando haya lugar a ello, a imponer las sanciones aplicables cuando se incurriere en las causales respectivas y, en su caso, hacer efectivas las fianzas y garantías otorgadas.

## 7.2 Formas de selección del co-contratante

La legislación y la doctrina prevén dos formas básicas para seleccionar a quien va a contratar con la administración pública en un contrato administrativo; una es la adjudicación directa, en la que sin mayor preámbulo se designa al co-contratante, tal como ocurre en los contratos de prestación del servicio público cuando éste lo presta un ente público, o bien, se trata de contratos de poca monta, o de aquellos de un único co-contratante posible, o en los que se celebran con motivo de casos de desastre o de alteración del orden social.

La otra forma de selección es la licitación, basada en un régimen de competencia en el que los aspirantes se presentan en respuesta a una convocatoria o invitación previas a efecto de contender en condiciones de igualdad.

### 7.2.1 La licitación

Se entiende por licitación, en el contexto jurídico-administrativo, el procedimiento administrativo desarrollado en un régimen de competencia o contienda, encaminado a seleccionar al co-contratante de la administración pública de un contrato administrativo. Dicho procedimiento debe estar animado por el propósito de obtener para la administración todos los beneficios que permitan la justicia y la equidad.

Los contratos que se sujetan al requisito de licitación derivarán de ella; por tanto, no deberán celebrarse u otorgarse, en tanto no quede satisfecho tal requisito, pero cubierto éste, en una etapa preliminar a la celebración del contrato o al otorgamiento de la concesión, el procedimiento de licitación queda concluido y no forma parte del contrato ni de la concesión, que, por cierto, pudieran no llegar a celebrarse u otorgarse. En consecuencia, licitación y contrato administrativo son dos institutos jurídicos independientes aun cuando interrelacionados, por ser frecuentemente la primera, requisito del segundo.

a) Principios fundamentales de la licitación  
Sobresalen entre los principios de la licitación: la legitimidad, que alude al régimen jurídico establecido para regular la licitación, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad del procedimiento, por tratarse de normas de derecho público; la concurrencia, por ser indispensable para que pueda darse la contienda característica de la licitación, la

cual no puede existir si sólo se presenta un solo aspirante a co-contratante o ninguno; la isonomía, principio que predica la igualdad de los administrados frente a la administración, lo cual, en el caso de la licitación implica el tratamiento igual en situación igual, de todos cuantos contienden para convertirse en co-contratante; la competencia, principio que supone la concurrencia de contendientes a la adjudicación de un contrato administrativo, lo cual implica la ausencia de acuerdos entre ellos para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para que quien gane obtenga una utilidad desmesurada; la imparcialidad, que conlleva la ausencia de prevención o designio anticipado a favor o en contra de algún contendiente, en aras de la rectitud del fallo; la transparencia, en cuya virtud, se desarrolla bajo un procedimiento que permite a los interesados conocer las condiciones y requisitos bajo los cuales se celebra y las causas, razones y motivos de las resoluciones recaídas en él, en cada una de sus etapas, merced a una clara y suficiente información; y la publicidad, que garantiza la transparencia del procedimiento y propicia la participación ciudadana y el control judicial.

### b) Formas de licitación

La licitación admite dos formas fundamentales en el derecho comparado: la pública y la cerrada o de invitación restringida, según se convoque públicamente a los interesados que satisfagan determinados requisitos o se invite directamente sólo a unos potenciales co-contratantes.

### 7.2.2 El procedimiento de licitación pública

La licitación pública es un procedimiento administrativo que en el derecho comparado es, en ciertos casos, obligatorio para la administración, sujeto a un régimen de derecho público, encaminado a seleccionar, de entre un conjunto de aspirantes que responden a una convocatoria pública, al co-contratante de un contrato administrativo que mejor asegure a la administración la obtención de todos los beneficios que permitan la justicia y la equidad.

### 7.2.3 Modalidades de la licitación pública

La licitación pública puede ser abierta o restringida, según se convoque a todo interesado o sólo a quienes satisfagan determinados requisitos; por ejemplo: tener cuando menos un determinado capital contable, o estar previamente inscritos en un padrón o registro, para lo cual debieron satisfacer diversos requerimientos; por ejemplo, acreditar experiencia, solvencia económica, o haber cumplido con las inscripciones y registros

que les sean exigibles en el orden fiscal o administrativo.

En lo que atañe a la nacionalidad de los aspirantes, las licitaciones públicas pueden ser nacionales o internacionales; en las primeras sólo pueden contender los nacionales, en tanto que en las internacionales pueden participar tanto nacionales como extranjeros.

#### 7.2.4. Etapas de la licitación pública

Se desarrolla la licitación pública a través de diversas etapas sucesivas previstas en la correspondiente normativa jurídica; en el derecho comparado sobresalen las siguientes:

- a) Elaboración de las bases de la licitación
- b) Elaboración y publicación de la convocatoria
- c) Entrega de las bases de la licitación
- d) Elaboración y entrega de la proposición u oferta
- e) Apertura de proposiciones
- f) Emisión del fallo y, en su caso, adjudicación

#### 7.2.5. Excepciones a la licitación pública

Es moneda corriente que pueda prescindirse de la licitación pública cuando tal procedimiento no sea idóneo para asegurar a la administración pública las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, y demás circunstancias pertinentes, en cuyo caso, en el derecho comparado suelen preverse como excepciones a la licitación pública las siguientes:

- Cuando el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por estar referido a obras de arte, titularidad de patentes de derechos de autor u otros derechos exclusivos;
- Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales;
- Cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados;
- Cuando se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o se necesiten para garantizar la seguridad interior de la nación; además, tratándose de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, cuando comprometan información de naturaleza confidencial para el Gobierno Federal;
- Cuando, por derivar de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o

servicios o ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate; en este supuesto, las cantidades, conceptos o trabajos, deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontar el caso;

- Cuando se hubiere rescindido el contrato licitado por causas imputables al proveedor o contratista que hubiese resultado ganador en la licitación, caso en el que podrá adjudicarse el contrato al oferente que en la licitación respectiva hubiera presentado la siguiente proposición solvente más baja, a condición de que su postura no resulte superior al diez por ciento de la ganadora;
- Cuando se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas;
- Cuando existan razones justificadas para requerir bienes de marca determinada;
- Cuando se refieran a productos perecederos, productos alimenticios básicos o semiprosesados, o bienes usados;
- Cuando versen sobre servicios de consultoría cuya difusión pudiera ir en detrimento del interés público o comprometer información confidencial del gobierno federal;
- Siempre que se trate de bienes requeridos por la administración pública para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios
- Cuando se refieran al mantenimiento, conservación, restauración y reparación de bienes, sin que sea posible precisar su alcance, ni determinar el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo, ni otras especificaciones semejantes.
- Cuando se contraten con quienes, sin ser proveedores habituales de la administración pública, ofrecen bienes en condiciones excepcionalmente favorables, por encontrarse en estado de disolución o liquidación, o bajo intervención judicial;
- Siempre que se trate de servicios profesionales prestados por personas físicas.
- Cuando se contraten trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición de inmuebles, sin que sea posible determinar su alcance, catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, ni demás

especificaciones, o elaborar el programa de ejecución;

- Cuando sea escaso el monto del contrato respectivo, a condición de que no se fraccione con objeto de no exceder los límites establecidos para tal efecto.

En las excepciones antes referidas se permite la adjudicación directa o la designación del co-contratante mediante el procedimiento de licitación restringida, en este último caso cuando no se trate de proveedor único.

#### 7.2.6 *Los licitantes y sus proposiciones*

Se consideran interesados en una licitación específica, quienes, en respuesta a la convocatoria correspondiente, adquieren el pliego de condiciones o las bases de licitación respectivas; esos interesados pasan a ser oferentes o proponentes cuando formulan y presentan una oferta o propuesta para contender en la licitación, y se convierten en licitantes cuando son admitidos como tales por no incurrir en ninguno de los impedimentos preestablecidos para ello y cumplir los requisitos impuestos en la normativa aplicable; de entre ellos, uno devendrá co-contratante, de no declararse desierta la licitación.

Por tanto, interesado, oferente –o proponente– y licitante, no son sinónimos, toda vez que si bien es cierto que todos los licitantes son oferentes o proponentes y todos ellos resultan interesados en la licitación, no todos los interesados, sino sólo quienes presenten oferta o proposición, llegan a ser proponentes u oferentes, los que tampoco todos se convierten en licitantes, sino únicamente quienes son admitidos como tales por haber satisfecho los requisitos y condiciones correspondientes, previstos o detallados en la ley, en el reglamento y en las bases de la licitación, así como por no tener impedimento para serlo.

Hace más de una década, la legislación mexicana exigía como requisito para participar como contendiente en la licitación de contratos de obra pública y de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, el estar inscrito en el respectivo padrón de obras públicas o de proveedores, los cuales fueron suprimidos en la legislación vigente.

Acerca de la conveniencia o inconveniencia de que exista un padrón de posibles co-contratantes de la administración pública, se debe tener presente que ésta queda obligada a requerir de sus co-contratantes acreditar su idoneidad en tres vertientes: moral, técnica y financiera. La idoneidad moral puede presumirse, desvirtuándose por proporcionar información

falsa para participar en la licitación respectiva o en otra diferente; o por actuar con dolo o mala fe en algún proceso administrativo o judicial, por citar algunos ejemplos. La idoneidad técnica y financiera, en cambio, por tratarse de hechos positivos fácilmente comprobables, deben ser acreditadas por el interesado.

La inexistencia de un padrón de posibles co-contratantes de la administración pública repercute en un procedimiento de licitación más lento y laborioso, por cuanto exige en cada caso el examen y análisis de la idoneidad de los oferentes, que podría obviarse si éstos ya la hubieran acreditado previamente mediante su inscripción en el padrón respectivo; además propicia la corrupción, al permitir la proliferación de co-contratantes no idóneos, especialmente en los casos de licitaciones mediante invitación restringida y de adjudicaciones directas.

#### 7.2.7 *Las garantías en la licitación*

La normativa jurídica debe tratar, mediante diversas medidas, de asegurar el éxito de las licitaciones de los contratos administrativos, entre otras, imponiendo a los oferentes la obligación de respaldar la seriedad de su proposición por medio del otorgamiento de una garantía. La ausencia de obligación de garantizar la seriedad de la oferta permite que ésta se haga de manera irresponsable, y hasta puede dar lugar a que algunos, deliberadamente, formulen proposiciones sin el ánimo de cumplirlas, pero en connivencia con funcionarios de la convocante, con el propósito de dar lugar a la posterior adjudicación directa del contrato respectivo.

#### 7.2.8 *Los vicios en la licitación*

La inobservancia de los preceptos que rigen el procedimiento de la licitación puede viciar ésta al grado de llegar a provocar su nulidad, sin perjuicio de actuar contra los servidores públicos que incurrieron en la correspondiente infracción; nulidad y responsabilidades que pueden promover tanto la administración pública como los particulares interesados en la licitación. Numerosos son los vicios en que se puede incurrir en el procedimiento de licitación, destacan, en orden cronológico: carencia o insuficiencia de partida presupuestal, defectos relativos a la convocatoria de la licitación, defectos relativos a las bases de la licitación, irregularidades en la apertura de ofertas, y anomalías en el fallo.

#### 7.2.9 *La licitación por invitación restringida*

Como indiqué antes, en ocasiones no conviene a la administración la realización de licitaciones públicas para seleccionar a su co-contratante en un

contrato administrativo, cuando tal ocurre podrá recurrirse, en algunos casos, a la selección mediante un procedimiento de licitación cerrada, y en otros, menos frecuentes, a la adjudicación directa.

En consecuencia, en el ámbito federal mexicano se puede considerar que la excepción de la licitación pública es la licitación privada; en tanto que la excepción de la excepción viene a ser la adjudicación directa; dicho sea de otra manera: la licitación pública se habrá de sustituir, generalmente, mediante licitación cerrada y, excepcionalmente, por medio de adjudicación directa.

Los principios de igualdad y concurrencia se vulneran en la licitación privada, dada la exclusión arbitraria de un número indeterminado de potenciales interesados que no reciben invitación a participar en la misma, por lo que de esta suerte resultan discriminados; también se afecta, aun cuando en menor medida, el principio de competencia, al reducirse el número de competidores; empero, con tales restricciones, rigen de todas formas dichos principios, así como el de transparencia -este último sin limitación alguna-, aplicables los cuatro a la licitación, de los cuales nos hemos ocupado en páginas anteriores.

Como queda dicho, la licitación pública, es la regla general para la adjudicación de ciertos contratos administrativos, establecida para asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes; en tanto que la licitación cerrada y la adjudicación directa vienen a ser las excepciones que confirman dicha regla, las cuales serán procedentes cuando las licitaciones públicas no resulten idóneas para asegurar las condiciones referidas.

Se manifiesta la diferencia entre licitación pública y cerrada, tanto en el aspecto de publicidad -la primera publica su invitación en tanto que la segunda no-, como en el universo de potenciales licitadores, que en la licitación pública puede llegar a ser muy numerosa, en contraste con la licitación privada, en el que siempre será reducido. La utilización de la licitación privada y de la adjudicación directa se justifican cuando existan razones de seguridad nacional, o de que se trate de adquisición de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos, o de bienes usados; o bien, de urgencia derivada de grave peligro o desastre; de escasez de proveedores; de servicios imprecisos; de licitación previa declarada desierta; de rescisión de contrato anterior; de mecanismo de adquisición inusual; o bien, por tratarse de contratos de escasa cuantía.

#### 7.2.10 Los recursos administrativos en la licitación

El procedimiento de licitación puede estar viciado por diversos defectos y motivos en perjuicio de los licitadores o de quienes aspiraron a convertirse en tales, por lo que unos y otros podrán inconformarse mediante la interposición de recurso administrativo, genéricamente explicable, como el medio de defensa de los particulares contra actos, omisiones o resoluciones de la administración, encaminado a corregir, sin intervención de órganos del poder público distintos a la administración, los que resulten indebidos. En opinión de Gonzalo Armienta Hernández, «más que una prerrogativa de la autoridad para corregir sus errores es un medio de defensa del administrado.»<sup>6</sup>

#### 7.2.11 Ventajas e inconvenientes de la licitación

La licitación pública para la adjudicación de contratos administrativos se inspira en ciertos principios rectores, cuales son el de igualdad; el de eficacia, eficiencia y probidad en el manejo de los fondos del erario; y el de obtener las mejores condiciones posibles para la administración pública; empero, su utilización presenta aspectos a favor y en contra del interés público.

La licitación propicia la competencia de los potenciales proveedores y contratistas del sector público, lo que, en principio, redundaría en mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, oportunidad y condiciones de pago; asimismo, la licitación facilita la adjudicación a favor de quien, en condiciones de igualdad, ofrezca las condiciones más favorables y provechosas para la administración pública; de igual manera, la licitación permite el control y vigilancia de los servidores públicos encargados de la misma, por parte de todos los oferentes, lo que reduce las posibilidades de corrupción.

Sin embargo, la licitación en algunos casos tiene evidentes inconvenientes, entre los que destaca la lentitud del procedimiento, que suele agudizarse con las inconformidades e impugnaciones hechas valer por los licitadores, dando lugar al retraso en la formulación del fallo, lo cual provoca el incremento de los costos, y, por ende, de los precios; empero, salvo contratos de urgente celebración, o de poca monta, o de único co-contratista posible, la licitación presenta mayores ventajas que inconvenientes.

#### 7.2.12 La adjudicación directa

Se argumenta a favor de la adjudicación directa de los contratos administrativos, la posibilidad de

6 Armienta Hernández, Gonzalo, Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, México, Porrúa, 1991, p. 60.



celebrarlos con oportunidad, al obviarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces, sustituyendo la concurrencia y competencia de potenciales co-contratantes mediante estudios de mercado, consultas y sondeos. Por el contrario, se aduce no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo, sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y, por ende, de competencia entre potenciales oferentes.

## 8. Conclusiones

Para lograr sus fines, Estado requiere de la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda; contrata suministros, obras públicas, empréstitos, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos, mediante la celebración de contratos que debe regular el derecho administrativo.

La regla general para la adjudicación de los contratos es mediante licitación pública a la que se convoque públicamente; mas, como toda regla, ésta tiene su excepción que permite la adjudicación por medio de licitación cerrada; y la excepción de la excepción consiste en la adjudicación directa de los contratos administrativos.

De conformidad con la ética pública, el Estado debe procurar el bien común en beneficio de todos sus habitantes, lo cual predica el derecho humano a una buena administración pública la que, obviamente no puede ser buena si es corrupta.

La corrupción en la administración pública encuentra nichos naturales entre los que destacan las áreas que tienen a su cargo la contratación de obra pública, de empréstitos públicos y de adquisición y arrendamiento de bienes muebles y de servicios, corrupción propiciada por la escasez y deficiencia de regulación y de control, así como por la ausencia de licitación o de mecanismos sucedáneos y excesiva discrecionalidad, que se advierte, por ejemplo, en el no exigir garantías seriedad en sus ofertas a quienes participan en las licitaciones de adjudicación de contratos administrativos; y la frecuente adjudicación directa de numerosos contratos administrativos, sin cumplir con la modesta normativa aplicable, que son, entre otras, añejas lacras pendientes de eliminar en el marco jurídico de los contratos administrativos y en la praxis de su aplicación.

Para la adjudicación de contratos administrativos mediante licitación cerrada, debiera contarse con un sistematizado padrón de proveedores y

contratistas, clasificados por materias y capacidad financiera, en los que sólo estuvieran registrados los que acreditasen a cabalidad solvencia moral, técnica y económica, de suerte que pueda procederse a la adjudicación mediante sorteo entre los que sean aptos en cada caso.

En tanto que para la adjudicación directa, se debe determinar el precio del contrato mediante análisis cuidadoso de costos para evitar que la utilidad del proveedor o contratista sea excesiva.

La normativa de la contratación administrativa debe exigir las garantías que aseguren tanto la suscripción del contrato respectivo por el oferente que resulte ganador de la licitación, como el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los co-contratantes.

En fin, la normativa de referencia debe asegurar la transparencia y equidad en los procesos de adjudicación y ejecución de los contratos administrativos, y establecer sanciones enérgicas para los infractores.

## 9. Bibliohemerografía

Armienta Hernández, Gonzalo, Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, México, Porrúa, 1991.

Castillo Velasco, José María del Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano, México, Taller de imprenta de la Escuela de Artes y Oficios para mujeres, 1875.

Fernández Ruíz, Jorge, Derecho administrativo. Contratos, 3ª ed. México, Porrúa, 2009.

Grau, Armando Emilio, «Licitación (Derecho administrativo)», Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964.

Nava Negrete, Alfonso, «Contratos privados de la administración pública», Revista de la Facultad de Derecho, México, tomo XIII, número 51, julio-septiembre de 1963

Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, 10ª ed., México, Porrúa, 1981.

Villasana Rangel, Patricia, El contrato de obra pública en México, tesis, Escuela de Derecho, Universidad del Pedregal, México, 1997.

Zavala, Guillermo Federico, «La evolución del concepto del contrato administrativo», La ley, Buenos Aires, tomo 73, enero-marzo de 1954, 9 de febrero de 1954. 📄