



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "CAMPUS ACATLÁN"

LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA

FRANCISCO GALLARDO DE LA PEÑA

DIRECTOR DE TESIS LIC. MARIO ROSALES BETANCOURT

285149

ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO.



2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICO EL PRESENTE
TRABAJO A:

Francisco Gallardo Cortés y
Francisco de la Peña Dávila,
por ser las raíces de mis
virtudes y mis defectos.

Con amor a mi madre
Eglantina de la Peña Ramos.

A mis hermanos Jorge, Patricia, Javier y a tí
Memito.

A mi maestro y amigo
el Lic. Mario Rosales Betancourt,
como un testimonio de gratitud,
por el apoyo que me dio
para concluir éste trabajo

A la memoria de
Mi querido amigo
Juán Carlos Inclán Terán

A mis amigos .

LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO PRINCIPIO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL.

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES	3
--------------	---

A) Orígenes	3
B) Evolución de la Licitación Pública en el Derecho Mexicano	9
C) Finalidad de la Licitación Pública	11

CAPÍTULO II

FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	16
--	----

A) El Estado Comprador	16
B) Manifestación de la voluntad Contractual de la Administración Pública	21
C) Modalidades de los Procedimientos de Contratación	27
D) La Actividad Pre - contractual como Generadora de Derechos y Obligaciones	34
E) La Voluntad Contractual del Estado en el Procedimiento Concursal, corresponde a un Acto Reglado o Potestativo	37

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	45
--	----

A) Pros y Contras de la Licitación Pública	45
B) Concepto de Licitación Pública	47
C) La Licitación como Acto Administrativo	54
D) Principios que Rigen la Licitación Pública	61

E) Fases de la Licitación Pública	74
F) Excepciones	102

CAPÍTULO IV

LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO PÚBLICO	116
---	------------

A) Irregularidades en las Distintas Etapas del Procedimiento Licitatorio	116
B) El Régimen de Nulidades en el Procedimiento Licitatorio	126
C) Efectos de las Nulidades	138

CAPÍTULO V

OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES CONVOCANTES	147
--	------------

A) Principios que rigen las obligaciones en esta materia	147
B) Régimen de responsabilidades	154

CAPÍTULO VI

DERECHO DE LOS OFERENTES	169
---------------------------------	------------

A) Las "Bases" generadoras de derechos para los participantes	169
B) Medios de Impugnación	182
C) Etapas y Plazos	187
D) Resolución de la Inconformidad	189
E) Vía Conciliatorio	192

CONCLUSIONES	194
---------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	201
---------------------	------------

LEGISLACIÓN	206
--------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo reside en analizar a nivel de la ciencia jurídica la naturaleza formal de la licitación pública identificando su línea de evolución en el derecho positivo mexicano.

Asimismo, al ubicarse la figura de la licitación pública a nivel constitucional, se convierte en principio rector de las relaciones contractuales en las que el Gobierno es parte, en materia de adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas, por lo que es necesario precisar como institución jurídica administrativa su finalidad y efecto frente a los particulares, al considerársele como instrumento constitucional de protección de los intereses gubernamentales en la contratación de las materias antes señaladas.

También se estudian las distintas fases del desarrollo del procedimiento licitatorio público, el cual se orienta a la exteriorización de la voluntad contractual de las entidades públicas hasta su perfeccionamiento formal.

En este orden de ideas el presente trabajo se circunscribe a lo siguiente:

En el capítulo I, se analizan los antecedentes legislativos de la licitación pública en el derecho positivo mexicano.

Por su parte, en el Capítulo II, con los apoyos doctrinarios correspondientes, se ubica a la licitación pública como un procedimiento compuesto de actos materiales administrativos tendientes a hacer manifiesta la voluntad contractual de las entidades públicas.

Asimismo, se sostiene en el Capítulo III, la tesis de la separabilidad de los actos administrativos precontractuales que integran el procedimiento licitatorio y su cabal distinción con el contrato que surge de aquél. Además, se analiza su naturaleza jurídica, se define doctrinariamente a la licitación pública, y se estudian los principios que rigen dicha institución.

En el Capítulo IV, se señalan los vicios que pueden presentarse en el desarrollo del procedimiento de licitación pública y sus efectos legales.

Por lo que respecta a los Capítulos V y VI, se ubica a la licitación pública como procedimiento de contratación en una doble vertiente: como mecanismo que garantiza las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, tiempo de entrega, financiamiento, etc. para el sector público y como institución de protección de los intereses de los particulares, cuando éstos en su calidad de oferentes se ven afectados por una decisión ilegítima de la entidad pública convocante, consagrándose en su favor el derecho a formular inconformidades.

Finalmente, se formulan un conjunto de opiniones, sugerencias y reflexiones, las que a manera de conclusiones, justifican la necesidad de fortalecer ésta institución, como principio general en las adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas, que le asegure al Estado las mejores condiciones y que al mismo tiempo les garantice a los oferentes un ambiente de sana competencia en su propósito de proveer los bienes, servicios y obras públicas que la Administración Pública requiere.

I. ANTECEDENTES

A) ORÍGENES

La licitación pública se encuentra consagrada en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el se le confiere el carácter de principio rector de las adquisiciones de bienes y servicios y de la contratación de Obra Pública que realicen el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal.

El actual texto del citado artículo 134 constitucional, se reformó por Decreto del H. Congreso de la Unión publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, en el mismo, se establece que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen dichos gobiernos, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, asegurando al Estado las mejores condiciones de compra.

Dicho marco constitucional no tiene formalmente una ley reglamentaria, o al menos que expresamente así lo indique, se les atribuye esta condición, a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos, y Servicios del Sector Público, y a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, ambas publicadas el 4 de enero de 2000 en el Diario Oficial de la Federación, ordenamientos que abrogaron la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada el 30 de diciembre de 1993.

Sin embargo, la subasta pública como figura jurídica prescrita constitucionalmente se remonta al artículo 134 original de la Carta Magna de 1917, refiere Jorge Canales Arenas que "el proyecto

presentado por Venustiano Carranza al Constituyente, no contenía disposición alguna que regulara al respecto, sino que fue la propia Comisión de la Constitución la que propuso su adición, presentándose y discutiéndose como artículo 131 bis, que decía - todos los contratos que el gobierno tuviere que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta pública mediante convocatoria y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública."¹

Dentro de los trabajos del Congreso Constituyente se ajustó la numeración del articulado y por dicho efecto el texto del artículo 131 bis Constitucional, se le asignó el numeral 134 y aunque después como norma jurídica adquirió validez, no tuvo al principio eficacia normativa por la carencia de leyes reglamentarias.

La primera Ley que reguló la materia de la obra pública fue la Ley del Servicio de Inspección Fiscal de 1936 y de una manera más específica la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas del 4 de enero de 1966.

Este último ordenamiento prescribía de acuerdo con su numeral 14, que la Secretaría de Patrimonio Nacional vigilará que la contratación y ejecución de las obras y la celebración de las subastas para adjudicar los contratos que lleven las dependencias, se ajusten a las bases, normas generales y criterios que permitan la mejor integración de los precios para el Gobierno.

Además, establecía que les correspondía a las Secretarías de Obras Públicas y Patrimonio Nacional con base en los estudios y opiniones de

¹ CANALS ARENAS, JORGE RICARDO, El Contrato de Obra Pública, Ed. Trillas. México 1991, Pág. 68

la Comisión Técnica-Consultiva de Contratos de Obras Públicas (Comisión integrada por un representante de las dependencias existentes en la época, incluyendo al de la Cámara Nacional de la Industria de la Construcción) dictar las bases y normas generales y los criterios a que se sujetarán la contratación y ejecución de obras y las bases y normas a que se sujetarán la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos.

También establecía dicha Ley, que las dependencias adjudicarían el contrato al concursante que, reuniendo las condiciones necesarias que garanticen el cumplimiento del contrato y la ejecución satisfactoria de la obra, presente la postura más baja.

Posteriormente, este ordenamiento fue abrogado por la Ley de Obras Públicas de 1980, la cual en su artículo 30 al tenor literal expresaba "... los contratos de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante la convocatoria y para que presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública".

A su vez, dicho ordenamiento fue sustituido por la mencionada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que se publicó el 30 de diciembre de 1993.

Por lo que respecta a la materia de adquisiciones de bienes y servicios, los primeros antecedentes sistematizados en la legislación administrativa los ubicamos en la Ley de Inspección de Adquisiciones del 23 de diciembre de 1965, la cual fue abrogada por la Ley de Inspección de Adquisiciones del 6 de mayo de 1972, después estuvo vigente la Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la

Administración Pública Federal de 1980, luego la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles de 1985; después la referida Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993, que regula ambas materias, hasta la actual legislación vigente que vuelve hacer un tratamiento por separado.

En esta materia, el principio concursal aplicado a las compras fue evolucionado más tardíamente, en la Ley de Inspección de Adquisiciones de 1972 el concurso público no se contemplaba como principio rector, sino como una modalidad más, así el artículo 8 prescribía "... Cuando la Secretaría del Patrimonio Nacional considere que las negociaciones efectuadas por las instituciones son suficientes para establecer precios y calidades, los pedidos o contratos que se realicen se considerarán plenamente autorizados si se ajustan a los siguientes procedimientos:

- I. Compras consolidadas en las que intervengan dos o más entidades.
- II. Contratos de suministro por periodos fijos
- III. Concursos, y
- IV. Pedidos negociados previa investigación de fuentes de suministro y selección de proveedores."

En la misma forma, la Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal de 1980 en su artículo 5º señalaba que "...las normas sobre adquisiciones que expida la Secretaría de Comercio deberán incorporar lo siguiente:

- a) Las mercancías, materias primas o bienes muebles objeto de la norma.
- b) La forma, términos y modalidades a que se sujetará la adquisición.
- c) Procedimiento para la comprobación de la calidad o especificaciones de los bienes.
- d) Las garantías que deberá otorgar el proveedor.
- e) Los casos en que será obligatoria la celebración de concursos.
- f) Los plazos dentro de los cuales la dependencia o entidad deberá enviar a la Secretaría de Comercio los documentos relativos a la adquisición.
- g) Los formatos e instructivos aprobados por la Secretaría de Comercio para los contratos y pedidos.
- h) Las demás circunstancias que sean necesarias para la claridad de las misma."

Por su parte el numeral 7 expresaba que "... la norma sobre concursos que expida la Secretaría de Comercio deberá prever desde la publicidad de la convocatoria y las bases para concursar hasta el procedimientos para la selección del proveedor y los requisitos que éste debe satisfacer para la adjudicación del contrato o pedido."

De los preceptos transcritos se observa que el medio concursal no se encontraba definido al nivel de la legislación secundaria, éste era una modalidad que coexistía al lado de considerables facultades discrecionales de la institución compradora y que los supuestos en los que operaría el concurso eran señalados por la autoridad administrativa.

En esta etapa anterior a la legislación vigente en materia de adquisiciones y obras públicas, se observa una evolución inconsistente que parte primero de un tratamiento formalmente diferente, después unitario y actualmente por ordenamientos legislativos distintos lo cual ha generado múltiples reglamentos y una enorme cantidad de disposiciones administrativas.

No obstante la dispersión normativa y la sobrerregulación legislativa y reglamentaria, en toda esta profusa normatividad se ha contemplado como medio idóneo para la adquisición y contratación de bienes, servicios y obras públicas, un procedimiento concursal para seleccionar al oferente que ofreciera el precio más bajo para el Gobierno y una calidad satisfactoria de conformidad con ciertos criterios técnicos de evaluación consignados previamente a la realización del evento concursal.

En esta etapa del desarrollo legislativo en la materia que nos ocupa, si bien no se produjo formalmente una Ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, se observa que en las distintas disposiciones legales que rigen las adquisiciones y las obras públicas, se ha venido regulando el medio concursal como modalidad para llegar a celebrar un contrato administrativo, sin embargo, se advierte que el texto constitucional desde su origen se adelantó a su época, lo que impactó en la legislación

secundaria que tardó más de media centuria en reducir el abismo que se había abierto entre el precepto constitucional y la Ley.

BJ EVOLUCIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO MEXICANO

Se ha hecho una breve sinopsis del desarrollo de la modalidad concursal en el derecho positivo mexicano, sin embargo en las distintas leyes antes mencionadas, se advierte que éstas se referían al concurso o al concepto de subasta pública consignado en el artículo 134 constitucional, hasta antes de su reforma en 1982 y no propiamente dicho al concepto de licitación pública.

Resulta de explorado derecho la diferencia conceptual existente entre licitación pública y subasta, de acuerdo con Don Eduardo Pallares, esta última "procede del latín y significa "bajo la lanza", porque en Roma las ventas públicas se realizaban al amparo de la lanza, símbolo del poder militar y de la autoridad del Estado. Actualmente significa toda venta pública que se hace con orden y con la intervención de la autoridad judicial o administrativa, sea de bienes muebles o inmuebles."²

En este mismo orden de ideas, el Diccionario Espasa Jurídico define a la subasta como " el proceso, sistema más generalizado de realizar (es decir, hacer líquidos o convertir en dinero) los bienes embargados del deudor, consistente en una venta pública, cuyo precio se fija mediante la licitación y puja de quienes libremente concurren a ese acto".³

² PALLARES, EDUARDO, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, Decima Octava Edición, México 1997, Pág. 734 y siguientes.

³ DICCIONARIO ESPASA-JURÍDICO, Editorial Espasa, Calpe, S. A. Madrid 1998, Pág. 935.

Por lo que se refiere a la licitación, y aún cuando va a su objetivo de análisis más adelante, podemos señalar que dicho vocablo "deriva de la voz latina *licitatione* ablativo de *licitatio-onis*, venta de subasta pública",⁴ en este sentido, es definida en el Diccionario de Derecho Público de Emilio Fernández Vázquez como: "Acción de licitar, de ofrecer precio en subasta o almoneda (venta pública de bienes muebles con licitación y puja".⁵

De lo anterior se infiere que, la licitación pública no es una vía para la venta, sino al contrario, para las compras que realiza el Gobierno por lo que son dos figuras jurídicas perfectamente diferenciadas.

De esta manera, cuando las leyes o normatividad complementaria aludía al concurso como vehículo para que una dependencia o entidad de la Administración Pública Federal pudiera llegar a la celebración de un contrato administrativo con un particular inscrito como proveedor o contratista del Gobierno Federal, se puede considerar implícito en esta modalidad concursal a la figura de la licitación pública, pues aquella constituye la esencia semántica de este término.

Además de las consideraciones de orden terminológico, debe señalarse que el principal problema que enfrentó la licitación pública, fue por una parte, que no se consideró como la regla general en las contrataciones que realizara el sector público, éste fue disminuida y mediatizada, dando lugar a que prevalecieran criterios discrecionales en la adjudicación de los contratos en demérito de una sana transparencia en los negocios gubernamentales.

⁴ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, *Diccionario de Derecho Público*, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981, Pág. 480.

⁵ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, *Op cit.*, Pág. 480 y siguientes.

Actualmente los esfuerzos del legislador son notorios a nivel normativo y se ha impulsado la eficiencia de las normas que establecen la licitación pública como procedimiento previo para la celebración de un contrato administrativo, *sin embargo, aún falta continuar con el fortalecimiento de esta figura jurídica como medio de garantizar transparencia, imparcialidad y las óptimas condiciones en precio, calidad y oportunidad de los bienes, servicios y obra pública que requiere el Gobierno Federal.*

C) FINALIDAD DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

El derecho afecta todos los aspectos de los negocios. La identidad del empresario, su capacidad económica las consecuencias de su conducta empresarial y las reglas del negocio, si esto es importante tratándose de las relaciones mercantiles entre particulares, adquiere un significado especial cuando son estos los que entran en trato comercial con el gobierno, en virtud de que estas relaciones se regulan por disposiciones legales que resultan exorbitantes del derecho ordinario.

“Sin embargo, las relaciones comerciales entre el sector público y el sector privado cuando interactúan celebrando negocios jurídicos, tradicionalmente ha sido centro de atención de los gobiernos pues se han convertido en un factor generador de la corrupción.

Este fenómeno se ha incrementado a partir de la creciente participación del Estado en la economía, lo cual lo ha convertido en el principal comprador de bienes y servicios, hecho que ha dado lugar a la

generación de una gran cantidad de ilícitos en los contratos de obra pública y en las adquisiciones del gobierno y sus empresas".⁶

Un aspecto importante a destacar es el hecho de que el sector privado considere el problema de la corrupción como un fenómeno exclusivamente no como un producto de la práctica social, sino al contrario, atribuido al sector público, por lo que es en éste en el que deben plantearse las soluciones adecuadas, y a partir de ésta la sociedad se encontrará en condiciones de esperar un trato imparcial por parte de la autoridad.

Esta visión se considera incorrecta, no es posible ni tendría sentido indagar en que sector se inicia la corrupción, este planteamiento sólo será superficial, la escasa moral del servidor público que adjudica indebidamente un contrato de obra o adquisiciones está relacionada directamente con la práctica carente de ética de una empresa privada que no duda en corromper al funcionario con tal de obtener un negocio.

La práctica corrupta en esta materia se manifiesta generalmente a través de la figura típica del cohecho, es pertinente hacer notar que si ambas partes, servidores públicos y particulares están de acuerdo en recibir y dar el beneficio ilícito a cambio del negocio, estaremos en presencia del cohecho bilateral en el que las dos partes son sujetos activos de la comisión delictiva. Este acuerdo para delinquir es extremadamente difícil de descubrir, sobre todo porque esta modalidad del cohecho asume la forma de un contrato bilateral o pacto de caballeros, en el que ninguno de los dos denunciaría el ilícito, además,

⁶ GALAN JIMÉNEZ MANUEL, *La Responsabilidad de los Servidores Públicos en los Procesos de Licitación del Gobierno*, Ponencia magistral, VI Conferencia Internacional Anticorrupción, Cancún 1993, México, Pág. 473.

de que generalmente no hay testigos de su consumación, ésta se realiza en la intimidad de la conciencia. No es ningún secreto que hay empresas transnacionales que tienen presupuestadas partidas especiales para obtener contratos de obra y adquisiciones y que el monto del soborno lo tienen integrado a sus costos de inversión.

Además, en la práctica ilícita señalada, existe una modalidad en que por sus condiciones de operación afecta exclusivamente al sector público, al margen de la voluntad del particular, el que no participa espontáneamente en los términos de la negociación, no quedándole más alternativa que adherirse al contrato o correr el riesgo de perderlo, ésta consiste en que algunos servidores públicos desvían fondos materiales en su beneficio de tal manera, que hacen compras de productos o incluso ejecutan obra pública a un precio mayor del real, las consecuencias de este sobreprecio son desastrosas tanto para las relaciones entre el sector público y el privado y su impacto en la economía general, e inciden en el debilitamiento en las expectativas de la sociedad de recibir un trato imparcial y justo por parte del gobierno.

“Es por ello necesario para cualquier país, buscar condiciones de cooperación entre los diferentes sectores sociales que contribuyan a actualizar y mejorar los programas de contratación de bienes y servicios y ejecución de obra pública del sector público, realizándose las modificaciones legislativas pertinentes en las que se asegure para el gobierno un proceso de contratación que garantice precio y calidad y para el sector privado un mercado de libre competencia, un trato justo e imparcial y una relación transparente con la autoridad”.⁷

⁷ GALAN JIMÉNEZ MANUEL, Op. Cit. Pág. 472.

Una medida preventiva que los países han adoptado para controlar y reducir el problema de la corrupción en esta materia, lo constituye sin lugar a duda la licitación pública la cual constituye un procedimiento recomendable para las contrataciones del estado y otros organismos públicos. Es un procedimiento de selección del co-contratante que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica y financiera de los intervinientes tiende a establecer la mejor adquisición o enajenación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obra.

Técnicamente, la licitación pública es un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente.

Hemos señalado en el rubro precedente que la Constitución Política establece que la contratación que realice el Gobierno de obra pública, adquisiciones, prestación de servicios, arrendamientos y subasta, deberán realizarse mediante licitación pública, sin embargo este procedimiento por sí solo no garantiza los principios de eficiencia, economía e imparcialidad a que alude el artículo 134 constitucional, es necesario que el mismo se complemente con otras medidas legislativas.

Tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público como en la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, se establece a favor de los proveedores, contratistas y prestadores de servicios del sector público el derecho a presentar inconformidades que se puedan formular en contra de cualquier acto

integrante del procedimiento de licitación pública. De esta manera se estima que dicha figura jurídica les permita a los particulares ejercer una vigilancia sobre los servidores públicos de las dependencias y entidades encargadas de las contrataciones para que no actúen de forma arbitraria y se apeguen en las normas legales vigentes.

En conclusión, la licitación pública y con ella el derecho de inconformidad de los particulares constituyen medidas de carácter preventivo, las que pueden propiciar que sean los propios contratistas, proveedores y prestadores de servicios de la administración pública las que se constituyan en los mejores vigilantes de que los procesos de contratación se realicen con legalidad, económica e imparcialidad, lo cual redundará en la reducción de prácticas corruptas en esta materia y contribuirá en hacer más transparentes las relaciones entre gobierno y sociedad.

La planeación del gasto público presupone la pre-existencia de los recursos financieros o la posibilidad real para el Estado de su obtención por las distintas vías recaudatorias que para tal efecto existen, las cuales en todo momento deben emanar de normas abstractas y generales que las establezcan y regulen, es decir, condicionadas por el principio de legalidad.

Así, estas erogaciones quedan comprendidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación y las que resulten consignadas en el documento de la Cuenta Pública a cargo del Ejecutivo Federal.

Alejandro López Arratia en su ensayo *El Proceso Presupuestario en México*, expresa que: "el presupuesto no sólo manifiesta en términos pecuniarios los objetivos estatales; hace eso y mucho más. Lejos de ser resultado de una serie de procedimientos neutrales para lograr ciertos fines, se trata de una complicada trama en la que se dirimen conflictos mediante el ejercicio de autoridad y presiones políticas para satisfacer intereses particulares"¹¹.

Es a través del presupuesto que se ejercen las partidas correspondientes destinadas a la adquisición de bienes que le pertenecerán al Estado, sobre los cuales de acuerdo con la doctrina administrativa se les atribuye la existencia de un derecho de dominio que puede ser público o privado.

Los bienes de dominio público de acuerdo con el tratadista argentino Rafael Bielsa son "el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial,

¹¹ LÓPEZ ARRATIA ALEJANDRO, *El Proceso Presupuestario en México, Teoría y Práctica*. INAP, México 1998, Pág. 131.

destinados al uso público de los administrados y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada”¹².

En cuanto a los bienes de dominio privado estos se conceptualizan en la doctrina como aquel conjunto de bienes que puedan satisfacer necesidades individuales o colectivas y que jurídicamente son enajenables y prescriptibles, el régimen jurídico de estos bienes privados del Estado es muy semejante al de los bienes particulares.

Los bienes que forman el patrimonio del Estado tanto del dominio público como privado constituyen una universalidad de derechos y acciones la cual puede valorarse pecuniariamente y se encuentra regulada por diversas jurisdicciones y leyes administrativas, y algunas de derecho privado lo que conforma la base sustancial de la existencia del propio Estado Mexicano.

“Los bienes de dominio público y privado de la Federación pueden provenir de la naturaleza, y tener entonces carácter originario, como es el caso de los ríos, playas, bosques, tierras, minas, lagos, etc., y también ser adquiridos por terceros, como es el caso de las compras, expropiaciones, permuta, donación, legados o proceder de actos realizados por el propio Estado, como es el caso de las construcciones y edificaciones”¹³.

La adquisición de bienes y servicios se regula en nuestra legislación por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, este

¹² SERRA ROJAS, ANDRES, Derecho administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, Pág. 45 y sigs.

¹³ SERRA ROJAS, ANDRES, Op. Cit., Pág. 48.

ordenamiento es de orden público e interés social y tiene por objeto de acuerdo a su artículo 1º..."regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza;" en el mismo sentido, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicada también en la anterior fecha, en su numeral 1º, establece idéntica prescripción aplicable al ámbito de la obra pública.

El régimen a que aluden las Leyes referidas es aplicable a: las Unidades Administrativas de la Presidencia de la República; las Secretarías de Estado; Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; la Procuraduría General de la República, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sean consideradas entidades paraestatales y las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios celebrados con el Ejecutivo Federal.

En este punto podemos concluir que el Estado Mexicano, compuesto por sus tres Poderes de Gobierno realiza una importante actividad de adquisición no sólo de bienes generados por el sector privado, sino también de servicios, y de la contratación de obra pública de tal forma que el legislador preocupado por el reglamentar estas funciones ha creado un marco jurídico con el que se pretende dinamizar las relaciones de negocios celebrados entre el sector público y el privado.

Las principales disposiciones jurídicas en esta materia están conformadas por el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por las referidas Leyes de Adquisiciones y Obras Públicas, por la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y por el correspondiente Presupuesto de Egresos de la Federación que anualmente fija los montos y techos de inversión a que deberán sujetarse las entidades públicas en este rubro.

Con dicho marco legal se pretende que las adquisiciones de bienes y/o servicios, así como la contratación de obra pública que realice el Gobierno Federal se lleven a cabo en las mejores condiciones para éste y en un ambiente de sana competencia entre los particulares.

B) MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Las adquisiciones de bienes y servicios así como la contratación de obra pública las realiza el Gobierno Federal mediante la celebración de contratos, los que por su naturaleza y características no se ubican en el contexto del derecho privado, en la doctrina administrativa suele predicarse con relación a ellos la existencia de un régimen exorbitante, por lo que su estudio se coloca en el plano de la teoría general de los contratos administrativos.

En las concepciones civilistas decimonónicas se le atribuía a la autonomía de la voluntad de las partes en la formación contractual un valor supremo, el acuerdo de voluntades era la ley del contrato y no existía más limitación a la voluntad individual que la ilicitud en el objeto,

fue la época del liberalismo jurídico cuya máxima expresión alcanzó su plenitud en la doctrina francesa del siglo XIX.

La tesis de la autonomía de la voluntad de las partes no se presenta como un todo completo, perfectamente bien definida, al contrario ofrece en la doctrina concepciones contradictorias, de algunas de ellas daremos cuenta en líneas subsecuentes.

Según afirma Mazeaud... "la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato, y de modificar el contrato a su conveniencia e inclusive ponerle término" ¹⁴.

Para Marty la doctrina de la autonomía de la voluntad, puede sintetizarse en dos proposiciones:

"...Primera Proposición: Salvo rarísimas excepciones no hay obligación sin voluntad..."

"...Segunda Proposición: Toda obligación nacida de la voluntad es por esto misma justa..." ¹⁵.

Betti define a la autonomía de la voluntad considerándola como "la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias desplegada por el mismo titular de ellas" ¹⁶.

¹⁴ DE BUEN LOZANO, NESTOR, La Decadencia del Contrato, Textos Universitarios, S.A., 5ª. Ed., México 1985, Pág. 219.

¹⁵ DE BUEN LOZANO, NESTOR, Op. Cit., Pág. 219

¹⁶ DE BUEN LOZANO, NESTOR, Op. Cit., Pág. 220 y sigs.

Asimismo, Hans Kelsen considera que... "la convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente" ¹⁷, el célebre autor de la Teoría Pura del Derecho critica la definición tradicional de la convención, porque no tomaba en cuenta la función creadora de derecho que ésta tiene.

Kelsen al analizar el proceso volitivo en la formación del contrato considera que... "la convención es un acuerdo de voluntades de dos (o varios) sujetos. Este acuerdo de voluntades implica dos (o varias) manifestaciones concurrentes de voluntad. La voluntad como acto psíquico en el interior del sujeto no basta. Es necesario que la voluntad de las personas se manifieste, pues se requiere que la voluntad pueda ser comprobada por las instancias competentes para aplicar el derecho" ¹⁸.

La Institución contractual de origen eminentemente privatístico ha sido desde la época del Digesto el instrumento por excelencia generador de derechos y obligaciones para los contratantes, sin embargo en el transcurso del tiempo ésta ha evolucionado y ha incursionado en campos distintos al privado, lo que ha exigido en estos casos, de un enfoque analítico distinto al tradicional.

De esta forma, el origen de los contratos administrativos si bien se ubica en el plano del derecho privado, estos reclaman dentro de la teoría jurídica su propio espacio de estudio, a pesar de que existe en la doctrina una fuerte corriente privatística que niega la existencia de los contratos

¹⁷ KELSEN, HANS, El Contrato y el Tratado, Editora Nacional, S. A. Traducción Eduardo García Maynez, México 1980, Pág. 3 y siguientes.

¹⁸ KELSEN, HANS, Op. Cit. Págs. 15-20.

administrativos, en este aspecto consideramos que tal rechazo es causado por actitudes ideológicas de tipo conservador en las concepciones jurídicas de estos tratadistas.

Sobre este aspecto coincidimos con el pensamiento de Laband al sostener que "...en el dominio del derecho público numerosos principios aparecen que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del derecho privado, pero que, por su naturaleza no son principios de derecho privado, sino principios generales de derecho" ¹⁹.

Los contratos administrativos aún emparentados con los de naturaleza privada les corresponde un régimen exorbitante con relación al derecho común, la existencia del dualismo derecho público derecho privado, sirve para señalar el rasgo más característico de estos contratos.

En todos ellos la nota relevante, es que una de las partes es la Administración Pública; la otra, o es un particular o es otro órgano de la Administración. Entre ambos se establece una relación jurídica que se regula por ciertas normas que no corresponden al ámbito del derecho privado y que establecen el modo de su formación y el contenido de los derechos y obligaciones que se generan.

Esta relación puede ser de coordinación o de subordinación. Esta última de acuerdo con Mayer significa..."sujeción, o sea, un vínculo establecido entre dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior". ²⁰

¹⁹ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit. Pág. 144.

²⁰ MAYER, OTTO, Derecho Administrativo Ed. Astrea, S.A., Buenos Aires, 1949, T.I. Pág. 142.

Para Bercaitz esta situación de "subordinación o sujeción típica del individuo frente al Estado, se establece unilateralmente por este último mediante los diferentes ordenamientos jurídicos con los cuales cumple su actividad fundamental de crear derecho" ²¹.

Siguiendo a estos autores habremos de precisar que este concepto de subordinación es jurídico, no se trata de la desigualdad de hecho en que se hayan los contratantes en el contrato de adhesión, o el trabajador frente al patrón en épocas de crisis, aquí la desigualdad es de derecho, tiene su origen en la autoridad o el poder de que se haya investida la Administración Pública.

El origen de la subordinación lo podemos encontrar en la desigualdad de propósitos perseguidos por los contratantes, mientras que la Administración va en base del interés público a satisfacer las necesidades sociales, el contratante busca la colocación productiva de su capital, su beneficio personal o la obtención de utilidades.

Podemos a manera de ejemplo, señalar que el cambio que una de las partes introduzca en la ejecución de un contrato privado, será siempre contra el contrato, será antijurídico, en cambio la modificación del contrato administrativo que introduzca la Administración Pública, será siempre conforme a la naturaleza misma del contrato, será siempre jurídico y lícito, sin necesidad de acudir a remedios externos como la fuerza mayor, la lesión, etc., aún cuando pueda dar origen a indemnización.

²¹ BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, Op. Cit. Pág. 227.

Sin embargo, es necesario aclarar, que el concepto de subordinación no presupone la inexistencia de la voluntad del cocontratante de la Administración, o su renuncia, al respecto y citando de nueva cuenta a Bercaitz, el cual estima que la existencia de este concepto ...”no opera exclusivamente en forma unilateral por el Estado, es decir, por una voluntad extraña al súbdito que es el obligado, sino también..., esa subordinación o sujeción se establece mediante el concurso de la voluntad de quienes se obligan”²².

De esta forma se desprende, que la existencia de esta nota característica inherente a todo contrato administrativo relativo a la relación jurídico de subordinación con respecto a la Administración Pública que regula el interés público y el interés privado de los contratantes, constituye el elemento fundamental de estos contratos, en que participa el particular mediante un acto de propia voluntad asumiendo su contenido de obligación.

La Administración Pública manifiesta su voluntad para realizar el objeto de los contratos administrativos realizando una serie de actos previos tendientes a la celebración de aquéllos, pero que en si mismos no forman parte del contrato mismo, por lo que en el siguiente punto analizaremos las distintas vías que pueden ser usadas para llegar a la celebración de estos contratos.

²² BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit. Pág. 227.

C) MODALIDADES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

La regla general que se aplica a todo contrato consiste en que éste se forma con la fusión de dos voluntades opuestas, por lo que en el contrato administrativo necesariamente debe concurrir la expresión de la voluntad de la Administración, que es uno de los sujetos imprescindibles al lado de la voluntad de un particular.

Sin embargo, la manifestación de la voluntad de la Administración entraña diversos modos determinados por la Ley, que señala las maneras en que aquella puede expresarse, para el tratadista argentino Escola ... "la formación de la voluntad de la administración pública se desarrolla en una serie de etapas que se cumplen por distintos órganos con el objeto de satisfacer una necesidad pública. Como bien se ha dicho, primero se determina qué debe hacerse y para que debe hacerse; luego como debe hacerse"²³.

En este punto adquiere relevancia un tema especial, no sólo es importante conocer las modalidades que pueden emplearse en la formación de un contrato administrativo, el aspecto crucial en todas ellas está dado por la manera en que la Administración Pública ha de elegir al cocontratante y el sistema de elección de éste. Es este elemento tan fundamental, que podemos sostener que es el proceso de elección el que por razones de interés público o social, determina las condiciones más o menos rigoristas de la selección de un cocontratante, el que normalmente en un ambiente sano de libre oferta debe competir y ganar a sus congéneres.

²³ BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, Op. Cit. Pág. 312

En el derecho mexicano el marco jurídico que regula las modalidades de los procedimientos de contratación esta contemplado por el artículo 134 Constitucional el que al tenor literal expresa:

“Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo 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 y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución”.

Del texto constitucional transcrito podemos observar los siguientes principios:

1. Los recursos económicos públicos deberán administrarse con eficiencia, eficacia y honradez.
2. Las adquisiciones de bienes y servicios, la contratación de obra pública, los arrendamientos y las enajenaciones deberán adjudicarse mediante licitaciones públicas.
3. Las licitaciones públicas en todo momento deberán asegurar a la Administración las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.
4. La legislación secundaria establecerá los casos de excepción a las licitaciones públicas cuidando que se cumplan con las condiciones antes referidas.

De esta manera se consagra como principio constitucional, la licitación pública, la que constituye un medio preparatorio para la celebración de los contratos en los que participa la Administración, y se admite la posibilidad de exceptuar de la misma a determinados eventos que deberán estar previstos específicamente en la Ley secundaria.

De acuerdo con el precepto constitucional se establecen dos procedimientos de contratación, en los cuales la manifestación de la

voluntad contractual de la Administración se exterioriza en cada caso de manera diferente, en uno existe un período pre-contractual o preparatorio del contrato administrativo y en el otro la contratación directa.

En la doctrina administrativa a la contratación vía licitación pública, se le identifica como el medio por el cual la voluntad contractual del Estado se manifiesta en dos etapas, una de carácter pre-contractual y la otra propiamente contractual.

José Dromi refiriéndose al contrato administrativo expresa que ...”es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En otros términos, la actividad administrativa estatal se puede exteriorizar también en forma de contrato... En consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa”²⁴.

Sobre este particular, Vita Cino analiza y distingue la naturaleza de éstas dos etapas al afirmar que ...”el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (pre-contractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquélla con la voluntad del contratante (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal)”²⁵, en este mismo sentido, Agustín Gordillo expresa que ...”el vínculo contractual nace sólo cuando se enlazan la voluntad del Estado y la del co-contratante, por el procedimiento legal previsto para el efecto”²⁶.

²⁴ DROMI, JOSÉ ROBERTO, La Licitación Pública, Editorial Astrea, 4ª. Reimpresión, Buenos Aires 1989, Pág. 71.

²⁵ VITTA, CINO, Derecho Administrativo, Turín 1948, T. 2, No. 114, Pág. 540.

²⁶ GORDILLO, AGUSTÍN A., Procedimientos y Recursos Administrativos, Ed. Mecchi, 2ª. Edición, Buenos Aires 1971, Págs. 25-30.

Dadas estas consideraciones doctrinarias y el marco constitucional antes transcrito, debemos distinguir un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución.

Tanto en las Leyes de Adquisiciones como de Obras Públicas se consagra como principio general en las contrataciones que realiza la Administración Pública sobre adquisiciones, prestación de servicios, arrendamiento y ejecución de obra pública, a la licitación que puede ser tanto pública como privada, ésta última recibe en el texto de dichas Leyes, el nombre de procedimiento de invitación restringida y no es propiamente dicho una excepción a la regla general, sino una modalidad de la licitación, la omisión de cualquiera de las modalidades de la licitación, constituye un auténtico caso de excepción y ésta se encuentra establecida por la Ley, siendo la contratación directa la única modalidad de excepción a la licitación de conformidad con el siguiente cuadro:

MODALIDADES EN < LOS PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN DEL ESTADO <	LICITACIÓN	<	PUBLICA	PROCEDIMIENTO DE INVITACIÓN RESTRINGIDA
	COMPRA DIRECTA	<	PRIVADA <	

Los artículos 26 de la Ley de Adquisiciones y el 27 de la Ley de Obras Públicas, establecen las modalidades de la contratación en los siguientes términos:

“Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como obra pública y servicios relacionados, mediante los procedimientos que a continuación se señalan:

- Por licitación pública, y
- Por invitación a cuando menos tres personas
- La adjudicación directa”.

De los preceptos en comentario podemos sostener, que quedan expresadas con claridad las distintas modalidades de contratación de que dispone el Estado y a cuya naturaleza jurídica corresponden las distintas condiciones de su operación.

A pesar de la terminología formal empleada por la Ley, teórica y doctrinariamente, solamente son distinguibles dos modalidades en atención a su naturaleza jurídica, la licitación que puede ser pública o privada, esta última denominada con anterioridad “procedimiento de invitación restringida” y ahora “procedimiento de invitación a cuando menos tres personas” y la adjudicación directa, la que constituye la excepción a la regla general representada por la licitación.

Contratación por Licitación Pública.- El artículo 27 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 28 de la Ley de Obras Públicas respectivamente, establecen que las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como la obra pública, por regla general, se adjudicarán a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que serán abiertos públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes de acuerdo a lo prescrito por dichas Leyes.

Contratación por Licitación Privada.- Las Leyes de la materia, denominan procedimiento de invitación a cuando menos tres personas a esta modalidad de la licitación, la que también se conoce como procedimiento de invitación restringida. Los numerales 41 de la Ley de Adquisiciones, así como 42, de la Ley de Obras Públicas, señalan que con sujeción a las formalidades que prevén los citados artículos, las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán optar por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública y celebrar contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública, a través del mencionado procedimiento de invitación restringida.

Compra Directa.- Los artículos 41 y 42 de la Ley de Adquisiciones y 42 y 43 de la Ley de Obras Públicas regulan la adjudicación directa, la que no debe considerarse como una especie del procedimiento de invitación restringida como en la abrogada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas se contemplaba, toda vez que la figura de la invitación restringida entraña a la modalidad de la licitación privada en la que media concurso de los particulares sin la característica de la publicidad.

La nota relevante de la compra directa es que en ella no se da el procedimiento previo de preparación del contrato. Además en las Leyes vigentes resulta prácticamente optativo para las entidades públicas el empleo del procedimiento de invitación restringida o la adjudicación directa.

D) LA ACTIVIDAD PRE-CONTRACTUAL COMO GENERADORA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

Hemos destacado que la Administración Pública realiza una intensa actividad para seleccionar al futuro adjudicatario de un contrato administrativo, que este proceso de selección del co-contratante esta determinado por el propio orden jurídico y con plena independencia de la modalidad del procedimiento adjudicatario, existe una fase pre-contractual en la que la entidad pública convocante somete a los particulares participantes a una estricta competencia, de tal manera que la celebración del contrato administrativo se convierte en el resultado natural del proceso previo de selección del oferente.

En este trabajo se han mencionado tesis de diversos juristas sobre la naturaleza y efectos del acuerdo de voluntades plasmado en un contrato, en ellas se observa que es éste fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes, por lo que valdría preguntarse ¿Si es posible que se creen derechos y obligaciones antes de que se produzca el acuerdo de voluntades?, ¿Las partes pueden contraer algunos compromisos por su intervención pre-contractual?, ¿Cual es la

naturaleza de estos derechos y obligaciones que surgen previos a la formación del contrato administrativo?.

Dromi, al analizar la actividad preparatoria de la voluntad contractual del Estado afirma que ...*"la selección del co-contratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados siempre que el oferente fuera una persona privada"* ²⁷

En un idéntico sentido coinciden Bartolomé Fiorini e Ismael Mata, para ellos el sistema estatal de selección del contratista es invariablemente un procedimiento administrativo donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un acto definitivo de elección que se denomina adjudicación. ²⁸.

Así, la contratación administrativa implica siempre o casi siempre con excepción de la contratación directa, un *pactum preparatorium* o *pactum de contrahendo*, en virtud de que en este período preliminar al contrato, más allá de las meras tratativas previas - o en los *pourparlers* como los llama la doctrina francesa -, supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por venir, que si bien no pueden aún calificarse de voluntades contractuales, como la presentación y recepción

²⁷ DROMI, JOSÉ ROBERTO, Op. Cit. Pág. 73.

²⁸ FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, Licitación Pública, Selección del contratista estatal, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos aires 1972, Pág. 15.

de ofertas, rechazo de ofertas, retiro de ofertas, exclusión de ofertas, etc., - las que veremos más adelante al estudiar las diversas fases de la licitación pública -, crean de suyo un vínculo jurídico obligacional con todas las consecuencias que predictivamente pueden generar.

Las tratativas previas no crean por sí solas una vinculación jurídica especial, en ellas se da una comunicación recíproca de voluntades encaminadas pre-contractualmente al perfeccionamiento del acto adjudicatorio. Sin embargo, estas tratativas generan un conjunto de derechos y obligaciones para las futuras partes, aunque su contenido de deber jurídico debe diferenciarse claramente con los deberes derivados del contrato una vez celebrado éste.

Al particular interesado en la obtención o adjudicación de un contrato con la Administración Pública, el Título VII de la Ley de Adquisiciones y el Título VIII de la Ley de Obras Públicas, les concede el recurso de inconformidad, medio impugnatorio por el cual puede atacar cualquier acto de la entidad pública convocante que sea contrario a la normatividad de la materia y que tenga verificativo en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato.

Con dicho medio de impugnación el concursante afectado pretende la anulación de aquellos pasos previos que estima viciados de ilicitud, sea para obtener de la autoridad competente, la reposición de estos, o la corrección de un fallo de adjudicación.

Por último, a través de dicho medio de impugnación, se pretende contar con un instrumento que le garantice al Estado la sana competencia y las mejores condiciones de compra, concediéndoles a los particulares

concurantes la prerrogativa legal de atacar y modificar las irregularidades acaecidas en los procedimientos administrativos previos a la adjudicación de un contrato, considerando que la defensa legal del beneficio legítimo de los intereses de los particulares, es a su vez, la protección legal de los legítimos intereses de la Administración Pública.

E) LA VOLUNTAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL, CORRESPONDE A UN ACTO REGLADO O POTESTATIVO

El acto administrativo es una noción cardinal en el Derecho Administrativo y la determinación de su significado se ubica en la Teoría General del Derecho. El concepto como tal es de acuñación reciente, "apareció por primera vez en el repertorio Guyot a cargo de Merlin (1812), y de entonces en adelante pasó a integrar de manera definitiva, la terminología técnica del Derecho Administrativo".²⁹

Hemos expresado en puntos precedentes, que el acto administrativo constituye una manifestación de la actividad administrativa; un medio de que se vale la Administración para expresar su voluntad, es decir, estos son emitidos por la Administración Pública, en su calidad de sujeto de Derecho Público.

En la doctrina administrativa existe una muy vasta tipología de actos administrativos estos pueden ser: simples, complejos, aparentes, complementarios, de confirmación y ratificación, de concesión de ejecución, de gestión, de imperio, defectuosos, definitivos, etc., sin

²⁹ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, Op. Cit. Pág. 9.

embargo, en este rubro trataremos de precisar la naturaleza del acto administrativo, por el cual se perfecciona un contrato administrativo por vía de un procedimiento licitatorio en términos de las Leyes de la materia.

De acuerdo con una de las clasificaciones más comúnmente aceptadas, la actividad administrativa puede dividirse en: interna y externa, según que la actividad se ejerza dentro o fuera de los órganos. La primera se traduce por lo común, en actos de la Administración, en tanto que la segunda suele hacerlo por medio del acto administrativo o estrictamente jurídico.

Sobre este aspecto, el tratadista argentino Emilio Fernández Vázquez, citando a Dromi expresa con relación a los actos de la Administración que, "...son aquellos que no crean efectos o consecuencias jurídicas respecto de terceros, sino que regulan simplemente el comportamiento del órgano y sujetos vinculados al procedimiento administrativo, pues concurre a ordenar el ámbito interno del quehacer administrativo o la denominada actividad interna de la Administración".³⁰

De esta manera, se incluyen aquí, todos aquellos actos que no pueden reputarse como jurídico-administrativos, toda vez que no producen efectos de esta naturaleza, no tienen trascendencia inmediata en la esfera de derechos y obligaciones de los particulares. Estos actos simples de la Administración, también constituyen por su gran número en una forma por medio de la cual se traban o canalizan las relaciones inter-orgánicas, provenientes de las vinculaciones que se producen entre las distintas áreas orgánico funcionales de la propia Administración, también

³⁰ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, Op. Cit, Pág. 23.

puede decirse de ellos, que establecen las condiciones materiales para la producción de actos jurídicos.

Es dentro del ámbito de estos últimos, en el que recae el acto administrativo por el cual se crean derechos y obligaciones entre la Administración Pública y las particulares a través de la celebración de un contrato administrativo.

En este aspecto debemos hacer énfasis, como lo hemos sostenido en éste trabajo, que normalmente el contrato administrativo en materia de adquisiciones y obra pública, es precedido por un procedimiento preparatorio de la voluntad de la Administración y es hasta que se emite ésta, que se producen los efectos legales deseados.

En ambos ordenamientos legislativos, se refiere en cuanto al inicio de la actividad concursal que " ... En las licitaciones públicas, la entrega de proposiciones se hará por escrito, mediante dos sobres cerrados que contendrán, por separado, la propuesta técnica y la propuesta económica.

Asimismo, corresponde a las dependencias y entidades, hacer la evaluación de las proposiciones, y deberán verificar que las mismas incluyan la información, documentos y requisitos solicitados en las bases de la licitación.

Una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará a la persona que, de entre los licitantes, reúna las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas .

Si resultare que dos o más proposiciones son solventes y, por tanto, satisfacen la totalidad de los requerimientos de la convocante, el contrato se adjudicará a quien presente la proposición cuyo precio sea el más bajo.

La dependencia o entidad convocante emitirá un dictamen que servirá como fundamento para el fallo, en el que hará constar el análisis de las proposiciones admitidas, y se hará mención de las proposiciones desechadas.

Contra la resolución que contenga el fallo no procederá recurso alguno, pero los licitantes podrán inconformarse en los términos del artículo 95.”

De las transcripciones anteriores se desprende la interrogante de precisar, si un proveedor o contratista que participa en un procedimiento licitatorio y satisface la instancia técnica y económica, de los que se conocen como concursos de dos pasos, ha adquirido como ganador natural del evento el derecho a celebrar el contrato administrativo, o su otorgamiento es una potestad discrecional de la autoridad, que puede negarse a celebrarlo a partir de la premisa de que el procedimiento preparatorio es un sistema de competencia y eliminación de los competidores, sin que ello obligue a la autoridad convocante, puesto que el origen de su obligación estaría dado formalmente por la celebración del contrato respectivo y no antes.

La determinación de esta cuestión, permitiría afirmar la existencia de una esfera de derechos a favor de los oferentes ganadores, que son protegidos por la Ley, aún antes de la celebración de un contrato, éste

solo implicaría la formalización de la adquisición de derechos nacidos pre-contractualmente, así el propio contrato administrativo tendría como consecuencia un nivel de importancia menor que el correspondiente en el ámbito estrictamente privatístico, siendo ésta una característica más del régimen exorbitante de estos contratos.

La Administración Pública despliega siempre su actividad apegada al principio de legalidad. En algunos casos las normas legales establecen con precisión lo que tienen que hacer los órganos administrativos, dada una situación de hecho, corresponde emitir tal o cual acto administrativo, cuyo contenido y efecto están determinados por las propias normas.

De esta manera, si la ley es la base o soporte de un acto administrativo y esto se evidencia en toda la actividad cumplida por el órgano, hasta su emisión, dicha actividad administrativa se considera reglada.

Es decir, las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta que el administrador debe observar. La ley ha establecido de antemano las reglas a que tiene que ajustar sus decisiones el órgano activo ante un caso concreto, ante tal o cual situación de hecho. En esta clase de actividad no quedaría margen para la apreciación subjetiva.

Al serle especificada y exigida a la autoridad una determinada conducta, su arbitrio y libertad quedan restringidos a ella. Su conducta está dictada con antelación por una regla de derecho y a ella debe sujetarse.

Por lo anterior, se estima que las autoridades de una Institución convocante a una licitación, no tienen facultades discrecionales para

decidir el fallo de adjudicación, y aún, si todavía no se produce el contrato administrativo, instrumento por antonomasia generador de derechos y obligaciones para las partes, su adjudicación es el contenido de deber jurídico de la autoridad respectiva, que constató el cabal cumplimiento de los requisitos expresados en el pliego o bases de la licitación y aquel es sólo el resultado natural y jurídico del procedimiento licitatorio previo al contrato.

Emilio Fernández Vázquez dice que la discrecionalidad "no es sinónimo de -arbitrariedad-. Al ejercer las facultades discrecionales la Administración no puede decidir y actuar caprichosamente, porque en definitiva -señala Sayagues Laso- la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de lo razonable. Quiere decir, que hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no actuar y, en caso afirmativo en qué forma" ³¹.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con relación a las facultades discrecionales de la siguiente forma:

"FACULTADES DISCRECIONALES Y ARBITRIO. En nuestro sistema legal, en principio no existe la facultad discrecional absoluta, que permite a las autoridades actuar o tomar decisiones sin tener que dar ninguna explicación de sus actos, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que el uso de las facultades discrecionales deberá ser razonado adecuadamente, y que ese uso puede ser revisado por los tribunales, en cuanto a que los razonamientos que lo apoyan deben invocar correctamente las circunstancias del caso, apreciar debidamente los hechos pertinentes y no violar las reglas de la lógica. Dicha jurisprudencia se puede leer en la tesis número 120, en la página 129 de la Tercera Parte del Apéndice al Semanario

³¹ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ EMILIO, Op. Cit. Pág. 10.

Judicial de la Federación publicado en 1965. Sin embargo, no se deben confundir las facultades discrecionales con el uso del arbitrio que la ley concede a las autoridades en determinadas condiciones. Cuando la Ley Federal del Trabajo, o cualquier otra ley, señala ciertas penas para determinadas infracciones, y al señalar esas penas el legislador da un límite inferior y un límite superior, la autoridad que deba aplicar la pena tendrá que usar de su arbitrio para hacerlo y tendrá que razonar adecuadamente ese arbitrio, respetando los derechos pertinentes, los lineamientos legales y las reglas de la lógica. Pero dada la infracción, la autoridad estará legalmente obligada a imponer la pena, y dadas las circunstancias atenuantes o agravantes del hecho, que deberá apreciar adecuadamente, tendrá que moverse dentro de los límites mínimo y máximo de la pena aplicable. En cambio, se trata de facultades discrecionales cuando la norma legal prevé una hipótesis de hecho, a la que la autoridad puede aplicar o no, la consecuencia legal prevista en la propia norma. Es decir, no basta que se satisfaga la hipótesis, para que legalmente se deba aplicar la consecuencia, sino que ésta queda a la discreción de la autoridad, aunque deba razonar adecuadamente su decisión. Si la norma que señala una infracción permitiese a la autoridad sancionarla o no, según su opinión, se estaría frente a facultades discrecionales. Pero si a la infracción debe seguir la sanción, la autoridad está ligada por la norma. Y el que deba adecuar la sanción a las peculiaridades del caso, es decir, a la existencia de atenuantes o de agravantes, o la ausencia de ambas o al beneficio económico que por la infracción obtenga el patrón (artículo 674 de la Ley Federal del Trabajo aplicable), es uso de un arbitrio, pero no de una facultad discrecional. Por ejemplo, el juez penal al individualizar la pena, hace uso de su arbitrio, y el Ejecutivo, al conceder el indulto por gracia, hace uso de una facultad discrecional. En consecuencia, este Tribunal estima que debe adoptarse este criterio, modificando el que en ocasiones anteriores sostuvo, en que no hizo distingo entre discreción y arbitrio³².

De esta manera, en el caso de los contratos administrativos producidos como consecuencia de un procedimiento licitatorio, no es su adjudicación resultado del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración Pública, la decisión adjudicatoria es un acto reglado. El particular concursante tiene derecho al contrato, sí sólo sí, cumplió con todos los requisitos técnicos y económicos asentados en las bases, su derecho al

³² JURISPRUDENCIA MEXICANA 1917-1971, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª. Edición, México 1984, Pág. 517-518.

contrato nace de la actividad de la Administración previa al contrato, al cumplir con los requisitos de las bases, no tiene una expectativa de derechos, sino ya adquirió el derecho a la celebración del contrato.

Cabe aclarar esto último, pues no todos los concursantes que satisfacen los requisitos de las bases de una licitación tienen derecho a la contratación, el derecho al contrato, sólo resulta a la mejor opción técnica y económica de entre todos los participantes que satisfacen o cumplen las condiciones establecidas en las bases, entonces aquí debe seleccionarse al mejor, en este supuesto de empate o de existir varios participantes que acreditaron satisfactoriamente las etapas licitatorias, la Administración ejerce su arbitrio para elegir al ganador, pero éste tiene que estar plenamente justificado, pues la elección debe tener el soporte técnico y económico de que el ganador es la mejor alternativa, de no ser así, el concursante afectado tiene el derecho de oponerse y atacar el fallo adjudicatorio para que sea corregido.

En conclusión, la Administración Pública no tiene facultades potestativas para otorgar los contratos administrativos que se licitan, las facultades que ejerce en estos procedimientos son de carácter reglado y una vez que el particular cumple con todos los requisitos establecidos en las bases de la licitación y resulta ser la opción más económica, el otorgamiento del contrato se convierte en la consecuencia natural y legal del procedimiento licitatorio.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

A) PROS Y CONTRAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

A pesar de que la licitación es un procedimiento más o menos extendido en gran parte de los países occidentales, sobre todo aquellos regidos por la economía de mercado, existen algunas objeciones a dicha institución, a la cual algunos tratadistas califican de trámite innecesario y burocrático.

Hay que tener presente, que el origen de esta figura lo encontramos en ciertos principios axiológicos de política legislativa, que el legislador tomó en cuenta con el propósito de moralizar las relaciones comerciales de la Administración Pública con el sector privado, por lo que las objeciones que existen al respecto no son de naturaleza jurídica, más bien son de corte político.

Se dice en contra de la licitación pública que resulta contraproducente, tanto para la Administración Pública como para los particulares, pues otorga un barniz de legalidad a verdaderas inmoralidades, que en todo caso, si se quiere combatir actos de corrupción en las negociaciones administrativas esto no se logra con la licitación, lo único que provoca es que se incrementa el grado de complejidad de los subterfugios para ganar indebidamente un contrato, puesto que en algunos casos, por medio de la licitación pública y su fallo, sólo se reviste de formalidad legal una decisión deshonesto tomada con anticipación. En la práctica cotidiana se habla de la existencia de licitaciones públicas cuyas bases son orientadas en favor de determinados oferentes, lo que es extraordinariamente difícil de detectar, estas acciones propician a su vez un incremento en los costos de operación de las entidades públicas, pues las jugosas gratificaciones que los particulares entregan a los servidores públicos encargados de la adjudicación y contratación se transfieren al precio, por lo

que las licitaciones terminan generando que la Administración adquiera o contrate bienes o servicios en las peores condiciones del mercado.

También se aduce que provoca el alejamiento de quienes son alérgicos a los trámites lentos y engorrosos de la adjudicación y otros más, consideran que es un medio cuya excesiva reglamentación conduce ineluctablemente a una pesada burocratización de la decisión oficial de contratación, que perjudica tanto a la Administración como a los particulares que se aventuran a concursar.

No obstante los argumentos en contra que acabamos de mencionar, estimamos que la licitación pública provee beneficios y garantías a las futuras partes formales de un contrato administrativo, al Estado le garantiza las condiciones más favorables para los propósitos que persigue y a los particulares una posibilidad de obtener negocios en un ambiente de sana competencia. Consideramos que a pesar de que la licitación pública implica el agotamiento previo de un procedimiento, éste a la larga, resulta más económico y barato al sector público, que los altos riesgos que puede entrañar, el que éste tenga la potestad ilimitada de contratar directamente con quien sea, sin criterios previos de competencia y selección.

Una adecuada cultura del control de la gestión gubernamental es el caldo de cultivo ideal, para que germine con mayor energía la eficacia y eficiencia del procedimiento licitatorio, que es un mecanismo de protección del interés público y un garante de la igualdad de los oferentes.

B) CONCEPTO DE LICITACIÓN PÚBLICA

Iniciaremos el análisis del concepto de licitación pública haciendo algunas consideraciones con respecto a algunos problemas inherentes a ciertos usos del lenguaje natural que condicionan el contenido de significado de las palabras como "conditio sine quonone" para construir el contenido semántico del término que nos ocupa.

Siempre que se pretende definir un concepto, sobre todo si éste se le suele identificar como perteneciente a cierta terminología de carácter técnico, sin que llegue a constituir realmente un lenguaje no natural, deben precisarse no sólo aquellos elementos significativos que se le atribuyen, sino también identificar el nivel del lenguaje en el que se propone la definición respectiva.

"Decimos que el lenguaje jurídico es técnico, y en sentido lato es profesional. Desde la alta cátedra a la más modesta función pública; desde el jurisconsulto al último picapleitos, desde el tribunal supremo hasta el simple juzgado de paz; desde el gobernante hasta el último guardián público, todos lo emplean o deben emplearlo en su esfera de actividad profesional y de su competencia legal"³³

Genaro R. Carrio ³⁴ un destacado estudioso de las relaciones que guardan el derecho y el lenguaje, considera que éste es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres, sin embargo esa herramienta no siempre funciona bien, es más nos atreveríamos a sostener que la base de todo desacuerdo científico, e incluso de todo desacuerdo de opinión entre los

³³ BIELSA RAFAEL, Los conceptos jurídicos y su terminología, Editorial Depalma, 4ª. Edición, Reimpresión, Buenos Aires, 1997, Pág. 5.

³⁴ CARRIO R., GENARO, Notas sobre Derecho y Lenguaje, Editorial Depalma, S.A., Buenos Aires, 1997, Pág. 17.

seres humanos lo constituye algún tipo de falla en el proceso de comunicación.

El "ruido" como denominan los especialistas en comunicación a todos aquellos elementos que interfieren en el proceso técnico y físico de encodificación y decodificación de un mensaje y que contribuyen a inhibir el "feedback" o retroalimentación entre emisor y receptor, pueden ser de distinta naturaleza, los hay desde naturaleza psicomotriz que afectan al hablante y su capacidad auditiva, también al manejo de códigos comunicacionales inapropiados, o hasta por aspectos sencillamente semánticos relacionados con ciertos términos encuadrados en códigos o sistemas teóricos específicos.

Al respecto baste recordar la célebre reunión que tuvieron Hans Kelsen y H.L. Hart en la Universidad de Berkeley,³⁵ para discutir la naturaleza de las normas jurídicas, de la que al concluir sin llegar a ningún acuerdo, Hart expresó que se había tratado de un diálogo de sordos, con lo que expresó eufemísticamente la distinta concepción de sistemas jurídicos que ambos tenían.

El ejemplo anterior, no sólo ilustra el problema que puede suscitar la equívocidad semántica de las palabras, sino también que pueden construirse significados con relación a ciertos términos que según el marco teórico conceptual que los encuadra pueden presentar condiciones de uso lingüístico diferente, otro ejemplo de esto, lo puede representar la propia palabra "derecho", la que en el contexto de las doctrinas del derecho natural constituye un problema ontológico, en cambio en algunas corrientes neo-kantianas es un problema lingüístico.

³⁵ HART, H.L. Una Visita a Kelsen, Cuadernos Universitarios, UNAM, 1980, Pág. 2 y sigs.

Toda definición implica un proceso racional de reconstrucción del "definiendum" sobre el que se propone su "definiens", si esto es común a la actividad científica en general, la ciencia jurídica no es ajena a este método, el legislador puede establecer en la Ley definiciones legales, las que a su vez tendrán que ser sometidas a la labor hermenéutica, pues normalmente la suma cuantitativa del significado literal de los términos que la componen no son garantía de claridad semántica y en otros casos el legislador opta por hacer referencia a ciertos conceptos sin pretender proponer ciertos contenidos de significado, por lo que tan sólo alude a cláusulas descriptivas en las que se incluyen todos los eventos que pueden calificarse como pertenecientes al concepto descrito.

De esta manera la Constitución establece el concepto de licitación pública, mismo al que se refieren la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios al Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas en diversos de sus numerales; sin embargo a pesar de que es prolífico el uso de la expresión en la ley secundaria, en ninguno de sus preceptos se establece una definición legal de ésta, por lo que para lograr una adecuada definición se requiere satisfacer dos condiciones básicas:

- Examinar lo que al nivel de la ciencia jurídica administrativa se dice sobre dicha expresión y
- Reunir los elementos que aportan los numerales antes mencionados para reconstruir racionalmente el concepto que nos ocupa.

Don Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, define la licitación como el .. "Remate de una propiedad que no puede dividirse

cómodamente. También se emplea como sinónimo de remate en general”,³⁶ como podemos observar esta definición resulta insuficiente para nuestros fines, toda vez que no se ajusta o adecua a la totalidad de los eventos que deseamos explicar y deja fuera de su contenido de significado una gran variedad de material que las referidas Leyes de Adquisiciones y Obras Públicas proporcionan.

El jurista argentino Emilio Fernández Vázquez distingue las dos modalidades de licitación que mencionamos en el Capítulo anterior, y las define en los siguientes términos:

“Licitación Privada.- Es una invitación o petición de ofertas directamente dirigidas por la Administración a determinadas empresas o personas en cada caso, con el fin de seleccionar entre ellas la más conveniente al interés público. El número de oferentes es limitado por la Administración ya ab initio, razón por la cual sólo podrán presentarse los invitados. Es una licitación cerrada por así decirlo. Las reglamentaciones suelen fijar el número de personas a las que se debe invitar.

*Licitación Pública.- Procedimiento de selección de contratantes de la Administración Pública, en la cual el número de licitadores u oferentes no tiene límite, pues pueden concurrir a ellas todas las personas o entidades que reúnan las condiciones fijadas por las normas vigentes. Es una licitación abierta”.*³⁷

En ambos casos, las definiciones son más completas que la del maestro Eduardo Pallares, también Bercaitz, intenta con éxito una definición de la

³⁶ PALLARES EDUARDO, op. cit. Pág. 53.

³⁷ FERNANDEZ, VÁZQUEZ, EMILIO, op. cit. págs. 480-487

licitación haciendo hincapié en que ésta no constituye un elemento esencial de los contratos administrativos, por lo que expresa que, .. "la licitación pública es una invitación general, sin limitación alguna, que se hace a persona indeterminada, para obtener su conformidad con un pliego de condiciones confeccionado por la Administración y una oferta concreta respondiendo al llamado que se formula".³⁸

Por otra parte, hay autores como Marienhoff³⁹ que si bien aceptan que la licitación pública es un procedimiento administrativo previo a la adjudicación y celebración de un contrato considera que cuando la Ley impone obligatoriamente su existencia en determinados casos, adquiere un carácter de forma esencial.

En este mismo sentido opina Canasi, para quien la subasta pública o licitación constituye una formalidad esencial en los contratos de derecho público, "en los que la omisión de dicha formalidad, por lo mismo que ésta reviste carácter sustancial, implica la nulidad del acto así realizado".⁴⁰

También Escola es partidario de las tesis que consideran que cuando la licitación es obligatoria legalmente, es un elemento formal del mismo contrato, por lo que expresa que: "un contrato administrativo que debió celebrarse mediante una licitación que en realidad no se cumplió, es nulo".⁴¹

Opinión discrepante de las anteriores sostiene Dromi, para quien la licitación pública es .."un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa

³⁸ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit. Pág. 315.

³⁹ MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, S:A:, Buenos Aires 1965 T. III-A No. 629, Pág. 172.

⁴⁰ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit. Pág. 321.

⁴¹ ESCOLA, HECTOR JORGE, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Editorial Astrea, S:A: Buenos Aires 1977, T. I. No. 76, Pág. 332.

invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente (adjudicación)".⁴²

En este aspecto, Dromi estima que el objeto de la licitación es la elección del co-contratante, por lo que es una fase preliminar de manifestación de voluntad del licitante para seleccionar la mejor oferta. Por ello es un procedimiento administrativo especial, regido de suyo por el Derecho Administrativo.

Por lo expuesto, manifestamos nuestra adhesión a las tesis que consideran que la licitación no es un elemento esencial del contrato administrativo. Un contrato llevado a cabo sin licitación cuando ésta es menester, no genera un contrato nulo por vicio de forma, es un contrato impugnabile por no haberse producido de conformidad con el procedimiento creado legislativamente para tal efecto, por lo que puede darse el caso, que éste formalmente resulte inatacable y perfectamente válido desde el punto de vista de producir todos los efectos legales para las partes, a pesar de los vicios que pudieran existir en el procedimiento previo de preparación del contrato.

Tanto la Ley de Adquisiciones como la de Obras Públicas en sus respectivos artículos 15 último párrafo, prescriben que .."los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por la Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente", esta disposición exige algunos comentarios en cuanto a su interpretación. Por lo que respecta a la nulidad de pleno derecho o nulidad "ab initio", la *enunciaremos dentro del concepto de "anulabilidad" y ésta será analizada en el inciso g) de este mismo Capítulo.*

⁴² DROMI, JOSE ROBERTO, *op. cit.* Pág. 98.

Por otro lado, del numeral mencionado no puede derivarse que los procedimientos licitatorios constituyen elementos esenciales de validez de los contratos administrativos.

La licitación restringe la libertad de contratación de la Administración, por medio de ésta se impide a las entidades públicas la libre elección del co-contratante, en virtud de que no son competentes para contratar a quienes ellas quieran, por lo que la naturaleza jurídica de esta figura no debe confundirse con la del contrato.

La licitación es un procedimiento establecido por la Ley para producir contratos administrativos, pero no forma parte esencial del propio contrato, los actos de un procedimiento licitatorio en contravención de las normas aplicables pueden estar viciados y por ello pueden ser anulados, sin embargo, esto no afecta la validez del contrato porque éste aún no existe, es decir no se ha producido. Lo que aquí se ataca es la contravención a las normas que regulan el procedimiento preparatorio de la voluntad contractual, con la finalidad de anularla y reponer el acto declarado nulo, en cambio, el procedimiento licitatorio puede haberse ajustado a derecho y la celebración del contrato puede estar afectada por algún vicio; sin embargo, la licitación puede estar viciada y el contrato administrativo puede producir todos sus efectos jurídicos para las partes, si las causas son imputables a los proveedores o contratistas el contrato deberá rescindirse, pero si no y las causas son imputables a los servidores públicos que infringieron la normatividad, ¿es sostenible la anulación de un contrato administrativo que está ejecutándose satisfactoriamente por las partes, por la ausencia de algún requisito de forma en la fase previa a la formalización del mismo contrato?, ¿esto no sería contrario al propio interés público?.

Reafirmamos la tesis, de que el procedimiento licitatorio es un conjunto de actos previos que conducen a la formulación de un contrato administrativo, los que no deben confundirse con éste, por lo que la licitación no constituye un elemento esencial de validez de los contratos, cualquier vicio que se produzca en esta etapa da lugar a que se le ataque buscando su anulación, reencauzándose el procedimiento licitatorio a las normas que lo regulan. La regla general es que se subsanen las irregularidades que puedan darse en la fase previa al propio contrato y se prevengan, sin que se llegue a asimilar a dicha fase con un elemento de forma de aquél, es una condición esencial de producción del contrato, cuya omisión parcial o total puede dar lugar al fincamiento de responsabilidades a los agentes del Estado autores de la omisión indebida.

C) LA LICITACIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO

En el capítulo anterior se identificó a la licitación pública como un procedimiento preparatorio de la voluntad contractual que antecede al contrato y en el cual la Administración y los particulares realizan una intensa actividad de intercambio de información, sin embargo surge la interrogante de precisar, si esa actividad que desarrolla la Administración en sí misma puede reputarse como acto administrativo o si esta calidad sólo puede atribuírsele al momento de la adjudicación del contrato administrativo y no propiamente a la licitación.

Para dilucidar esta materia será necesario recurrir a la teoría general del acto administrativo, la que constituirá el marco teórico de referencia del análisis de este problema.

La clasificación o mejor dicho algunas clasificaciones de los actos administrativos suele llevarse a cabo valiéndose de diversos puntos de vista, así las hay aquellas que distinguen entre actos jurídicos y meros actos, se citan como ejemplos de los primeros, los reglamentos, las disposiciones, las resoluciones, los contratos de todo tipo en los cuales el Estado es contratante y de los segundos, la educación oficial, la gestión económica, la gestión material en el campo de la seguridad pública, etc. Esta clasificación se apoya en criterios insostenibles, toda vez que partiendo de una concepción kelseniana del acto jurídico, consideramos que toda atribución de un acto al Estado, exige como condición previa, que una norma jurídica cualquiera, basta con que sea una norma de competencia, haya procurado una posibilidad de atribución, pues de lo contrario, tendría que admitirse la posibilidad de que el Estado realizara actos que no estuvieran contenidos y definidos como tales por el principio de legalidad.

En este orden de ideas coincidimos con Merkl,⁴³ quien rechaza la posibilidad de que existan actos administrativos que no tengan significación jurídica.

Otra clasificación es la que prevé la existencia de actos administrativos meramente ejecutivos y actos administrativos creadores del derecho. En el primer grupo, se encuadran los actos que aplican un precepto a un caso concreto, los del segundo grupo, son aquellos que al poner en ejecución un precepto jurídico superior establecen otro precepto jurídico inferior, del cual se derivan derechos y obligaciones para un caso específico.

También hay criterios que parten de la naturaleza orgánica del sujeto interviniente, Olivera Toro analiza el acto administrativo desde tres puntos de vista: objetivo, subjetivo y material.

⁴³ MERKL, ADOLFO, Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional, S.A., México 1980, Pág. 231 y siguientes.

"El punto de vista objetivo se estima como una declaración o exteriorización intelectual de una voluntad administrativa.

Desde el punto de vista subjetivo es todo acto emanado de un órgano administrativo. De ningún modo como la expresión de la voluntad psíquica del funcionario del que emana.

A la consideración material corresponde, la de ser producto de la potestad administrativa que, en su ejercicio, se traduce en la creación de consecuencia de Derecho".⁴⁴

Para Olivera Toro, las características del acto administrativo, son su unilateralidad y la producción de efectos jurídicos subjetivos, sin embargo estas notas son comunes a cualquier acto jurídico y no queda claro que la calidad de administrativo o la administratividad de un acto se circunscriba a la naturaleza del sujeto que lo realiza, siendo éste un razonamiento circular o tautológico, basta recordar a Karl Popper,⁴⁵ al advertir los riesgos de este tipo de argumentaciones en el campo científico, al señalar la circularidad de preguntas de este tipo ¿por qué Neptuno está enojado? Porque el mar está encrespado. ¿Por qué el mar está encrespado? Porque Neptuno está enojado, parafraseando este esquema sería inadmisibles que nos preguntáramos ¿por qué el acto jurídico es administrativo? Porque participa en él la Administración, ¿por qué participa la Administración? Porque es un acto administrativo.

Por su parte Serra Rojas, señala que el acto administrativo es ...^{1º} un acto de Derecho Público; 2.- Una decisión ejecutoria; 3.- Emanada de una autoridad

⁴⁴ OLIVERA TORO JORGE, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 4ª. Ed. Méx. 1976, Pág. 144.

⁴⁵ POPPER, KARL, Lógica de la Investigación Científica, Editorial Tecnos, S.A., 2ª. Edición, Colección Estructura y Función, Madrid 1981.

administrativa; 4.- Unilateral y concreto; 5.- Se crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva y 6.- Es para la satisfacción del interés general⁴⁶, en esta descripción encontramos parcialmente los mismos elementos de la definición anteriormente criticada, a los cuales se les agrega, la posibilidad de creación, modificación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

Hay también quienes intentan definir el acto administrativo señalando lo que no es, afirmando que este es efectuado en ejercicio de una potestad pública y, por lo tanto se excluyen los actos de Derecho Privado como actos administrativos, tales posiciones son desacreditadas por Agustín Gordillo⁴⁷ que estima innecesaria y errónea tal aclaración, toda vez que la Administración Pública usa para el cumplimiento de sus fines, tanto el Derecho Público como el Privado.

Con las referencias doctrinarias que hemos realizado nos damos cuenta que no es fácil distinguir el acto jurídico administrativo de los actos jurídicos del derecho privado, lo que subyace en el fondo de esta discusión, son los contornos no muy nítidos que separan las esferas del Derecho Público y el Derecho Privado, sin olvidar que la circunstancia de que el empleo de los principios generales de derecho les sean comunes a ambas, no es óbice para confusión alguna.

No obstante que no hay un criterio uniforme para definir el acto administrativo, nos adherimos a la posición de Adolfo Merkl, en el sentido de que sólo los actos jurídicos como establecedores de derecho, se consideran como actos administrativos, de esta manera hay actos administrativos generales que son

⁴⁶ SERRA ROJAS, ANDRES, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Méx. 1996, Pág. 368.

⁴⁷ GORDILLO, AGUSTÍN A. El Acto Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, Pág. 65.

establecedores del derecho, con los cuales se crea derecho para una pluralidad de casos, como los Reglamentos, pero también existen los actos administrativos particulares los que... “presentan una diversidad formal incomparablemente mayor que la de los actos generales, y a ellos se refiere, por lo demás, la significación más estrecha de actos administrativos”,⁴⁸ así interpretando el pensamiento de Merkl, lo que la teoría tradicional define al hacer referencia a actos administrativos concretos como una resolución o un contrato, cuyo efecto consiste en la fijación de un derecho al caso concreto, en aplicación de un precepto jurídico abstracto e impersonal, dicha fijación no se reduce a la constatación de un derecho pre-existente, sino a la creación de ese derecho al caso particular, y en este sentido el acto administrativo en sus dos acepciones es creador del derecho.

Con las herramientas conceptuales apuntadas, trataremos de ubicar la licitación dentro del contexto de la doctrina administrativa, la licitación en sus dos modalidades pública y privada la hemos caracterizado como un procedimiento previo al contrato o como una condición de producción de este último, por lo que en esta acepción, no es un acto como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, a manera de ejemplo, Alcides Greca dice que: “La licitación es un acto condición previo, integrante de un acto administrativo complejo, que se resuelve siempre en un contrato administrativo, siendo su finalidad establecer un riguroso contralor en la disposición de los bienes del Estado, un trato igual para los particulares que comercian con la Administración Pública y un eficaz defensor de los intereses colectivos”⁴⁹, la licitación es un procedimiento integrado en suma por actos y hechos de la Administración y por actos y hechos de los particulares concursantes. En consecuencia podemos afirmar que la licitación es un conjunto de actos o sea

⁴⁸ MERKL, ADOLFO. Op. cit. Pág. 245.

⁴⁹ GRECA ALCIDES. La Licitación y el Privilegio en los Contratos Administrativos, Editorial Santa Fe, S.A., Buenos Aires 1941, Pág. 19.

un procedimiento administrativo relacionado con la formación de un vínculo jurídico, o mejor dicho relacionado con el modo de creación de ese vínculo jurídico que se manifiesta en la producción del instrumento contractual.

Dromi señala, que "la licitación no es tampoco el contrato, ni viceversa. El contrato surge de la licitación o, más bien dicho, su celebración puede tener lugar por licitación, pero no es la licitación misma. Por ende, la licitación no es un contrato, sino que por licitación pueden celebrarse contratos de toda clase".⁵⁰

"La licitación se relaciona con la formación de los contratos. Al igual que las tratativas privadas, no es sino un preliminar del contrato, destinado a fijar quién es el contratante. Es un período que procede procesalmente al contrato".⁵¹

También en este sentido Agustín Gordillo, afirma que "la licitación pública es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Esa es su naturaleza jurídica".⁵²

Al sostener que la licitación es un procedimiento administrativo, debemos enfatizar que como tal, se encuentra integrado por una serie de actos interligados, conexos y destinados a producir un único resultado que formalmente puede identificarse con la celebración del contrato administrativo, pero que materialmente radica en la selección del mejor co-contratante. Esta serie de actos se desenvuelven cronológicamente, obedeciendo una prelación lógica y jurídica, son autónomos, y su verificación antecede al acto jurídico final, es decir, conducen a él, pero no son ese acto contractual.

⁵⁰ DROMI, JOSE ROBERTO, *op. cit.* Pág. 123.

⁵¹ SAYAGUES LASO, ENRIQUÉ, *La Licitación Pública*, Montevideo 1940, Pág. 37.

⁵² GORDILLO, AGUSTIN, *op. cit.* Pág. 345.

Predicamos con relación a los actos integrantes de este procedimiento administrativo, su carácter autónomo, sin el cual la defensa y protección de los intereses de los particulares concursantes sería enormemente difícil. Si optáramos por considerar que las fases por las que se desenvuelve una licitación constituyen una unidad técnica y forman parte del acto jurídico que se produce al final, los particulares adjudicatarios afectados por algún vicio, tendrían que impugnar el contrato y no sus actos previos y preparatorios, y aquellos particulares no adjudicatarios no tendrían legitimación para impugnarlo, toda vez que al no ser partes de la relación bilateral, no podrían tener interés jurídico al ser ajenos a la negociación en cuestión.

En el Capítulo II de este trabajo mencionamos que las Leyes de Adquisiciones y la de Obras Públicas consagran el derecho de los particulares concursantes para emplear el procedimiento de inconformidades, el cual puede enderezarse en contra de cualquier etapa de la licitación y hasta por eventos posteriores a la contratación misma y es el carácter autónomo de cada paso dentro del procedimiento licitatorio lo que amplía la protección de los intereses de los oferentes, al poder ser impugnado cada acto integrativo de la licitación con plena independencia de la impugnabilidad del propio contrato administrativo.

A manera de conclusión podemos identificar la licitación como una serie de actos administrativos de carácter precontractual cuya conjunción adquiere la forma de un procedimiento administrativo.

D) PRINCIPIOS QUE RIGEN LA LICITACIÓN PÚBLICA

Tocamos en este rubro un tema toral en nuestro trabajo, cuyo tratamiento da pie al estudio de los actos integrativos del procedimiento licitatorio, al hablar o utilizar la palabra "principios", es pauta indicadora de su carácter básico de puntos de apoyo que sustentan y definen sustancialmente la institución que nos ocupa.

Con plena independencia de la diversidad de criterios que pueden encontrarse en el quehacer doctrinario, el método que emplearemos para identificar estos principios estará condicionado en primer lugar, por un punto de vista puramente objetivo, que tomará en cuenta los elementos apreciables a toda licitación, los que son proporcionados por la propia legislación de la materia y la diversa reglamentación que se ha producido.

Durante el lapso pre-contractual no hay derecho alguno a favor del licitador u oferente, ni este en su calidad de pre-adjudicatario puede exigir a la Administración a que contrate con él. El licitador no es titular de ningún derecho subjetivo sólo posee una mera expectativa: que se le elija adjudicatario definitivo.

Las circunstancias en que se desarrolla este lapso pre-contractual son las que informan la especificidad de la actividad licitatoria y de ellas pueden inferirse ciertos principios que la hacen ser lo que es, esta inferencia está determinada por un orden más o menos cronológico de las fases secuenciales que comprenden el procedimiento, a las que para mejor comprensión debe atribuírseles cierta relación lógica.

Los principios básicos y por tanto destacables en la licitación son: la publicidad, la igualdad de los concurrentes, la libre concurrencia, el cumplimiento estricto de las bases, la confidencialidad de las ofertas y la garantía que respalda a los oferentes o licitadores. Éstos serán analizados a continuación:

1. PUBLICIDAD

Dentro de la esfera que aquí nos interesa, consiste en el llamamiento que hace la Administración Pública, la publicación dice el maestro argentino Emilio Fernández Vázquez, ..." tiene por objeto hacer saber a todos los interesados la existencia del llamamiento a licitación, invitando a presentar ofertas. La publicidad es indispensable en todos los casos de contratación administrativa. Los textos legales imponen esa obligación, aunque a veces dejan a la discrecionalidad del órgano administrativo la elección de los medios a realizarla. La publicidad se hace generalmente por medio de notificaciones en la prensa, en los boletines oficiales, la radiofonía, etc."⁵³.

Jéze, hace la observación, que existe un factor que antecede el principio de publicidad, sin el cual no sería posible realizar acto alguno y que es el que hace factible todo el desarrollo posterior, el cual está constituido por el factor presupuestario ..."antes de disponer, autorizar o aprobar el llamado a licitación, el licitante deberá cerciorarse de la existencia de crédito presupuestario o autorización legislativa genérica para gastar e invertir".⁵⁴

⁵³ FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, op. cit. Pág. 403.

⁵⁴ JEZE, GASTON, Principios Generales del Derecho Administrativo, Editorial Depalma, S.A., Buenos Aires 1950, T. IV, Págs. 95 y 96.

En este aspecto la licitación pública se distingue de la pölicitatio del derecho privado en su modalidad de concurso con promesa de recompensa, en que esta última como declaración unilateral de la voluntad es fuente generadora de derechos, el sólo llamamiento público implica un compromiso obligatorio del autor de la promesa, una vez manifestada públicamente la recompensa deberá adquirirse por el beneficiario, el cual será designado por las reglas o criterios para elegir al adjudicatario del premio.

Así, la obligación resulta de la simple manifestación unilateral del promitente, al grado de que si alguien cumpliera el acto pedido, no es posible la revocación de la oferta, so pena de indemnización de daños y perjuicios y si hubiese plazo no podrá ser retirada antes del vencimiento del término respectivo.

En cambio el efecto que tiene la publicidad en la licitación, por sí misma no se convierte en fuente generadora de obligaciones para la Administración, constituye un llamamiento abierto o universal a personas indeterminadas para que concurren a participar en un evento concursal con la pretensión de celebrar un contrato futuro, los particulares interesados no han adquirido derecho alguno, tan solo poseen una expectativa de derecho, la fuente generadora de obligaciones se contrae al perfeccionamiento del contrato administrativo y no se retrotrae al del llamamiento público.

Con relación al concepto de publicidad Roehrssen di Cammerata expresa que ..."es la decisión unilateral del ente público licitante, por la que elige un procedimiento de contratación e invita a los eventuales interesados en

Si bien por efecto de la publicidad el llamado es para personas indeterminadas, en la realidad estas personas están completamente determinadas, aquellas que pueden colocarse en la posibilidad de satisfacer las condiciones objetivas y subjetivas contenidas en el llamamiento.

“El licitante publica el llamado los particulares no desempeñan ningún papel. Sólo al producirse la publicación los interesados pueden ser partes en el procedimiento, presentar sus ofertas y dar origen a relaciones jurídicas subjetivas, cada vez más específicas y crecientes hasta el acto final de adjudicación”.⁵⁷

Para Alcides Greca, “la publicación es un presupuesto jurídico esencial para hacer real y efectiva la concurrencia e igualdad de tratos que inspira la licitación pública”.⁵⁸

Por lo expuesto, podemos sintetizar que la publicidad es la premisa sustancial para motivar la concurrencia de los interesados a un evento licitatorio y su modo de operar varía según el tipo de procedimiento de contratación que se utilice, así en la licitación pública, se recurre a la publicación para difundir el llamamiento a licitación, en la licitación privada a la que nuestra legislación aplicable denomina procedimiento de invitación a cuando menos tres personas, se emplea la invitación a ciertos posibles oferentes, principio que no opera tratándose sólo de la adjudicación directa, aunque previa a ésta suele mediar una solicitud de ofertas.

De esta manera, podemos afirmar que si bien el particular participante en una licitación sólo tiene una expectativa frente a la celebración del contrato

⁵⁷ SAYAGUES, LASO, ob. Cit. Pág. 106.

⁵⁸ GRECA ALCIDES, ob. Cit. Pág. 12.

administrativo, que se producirá una vez concluido el procedimiento licitatorio, éste, si se ha colocado en los supuestos formales y materiales de satisfacer los requisitos establecidos, que hacen viable su concurrencia, le asiste el derecho subjetivo de intervenir en el procedimiento, derecho sin el cual no se explicaría la existencia del procedimiento de inconformidades.

2. IGUALDAD DE LOS LICITADORES U OFERENTES

Otro de los presupuestos básicos de toda licitación, es que los particulares interesados y concurrentes a aquélla, tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación del fallo para realizar el objeto del contrato administrativo.

Jéze opina que ... "debe ponerse a todos los proponentes en pie de igualdad. Es la consecuencia de la competencia. No debe existir ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. Debe elegirse a quien le hace las mejores ofertas. La igualdad entre los competidores comprende, pues, dos aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores y 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración".⁵⁹

El trato igualitario de los oferentes se traduce en la existencia a su favor, de una serie de derechos subjetivos a participar en el procedimiento licitatorio hasta su culminación, en virtud de que todo interesado que satisfaga los requisitos de la convocatoria y las bases de la licitación tendrá derecho a presentar su proposición.

⁵⁹ JEZE, GASTON, op. cit. T. IV, pág. 99.

Para tal efecto, las dependencias y entidades no podrán exigir requisitos adicionales a los previstos por la Ley. Asimismo, proporcionarán a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con la licitación, a fin de evitar favorecer a algún participante.

El estudio de los derechos subjetivos que pueden derivarse en favor de los oferentes, será objeto de análisis más detallado en otro Capítulo del presente trabajo, por el momento sólo hemos mencionado la naturaleza y finalidad de este principio, con el que el legislador pretende imponer a la Administración Pública el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base de una decisión técnica y económica.

3. LIBRE CONCURRENCIA

Este principio presupone la posibilidad que un llamamiento a licitación, tiene como finalidad hacer del conocimiento de todos los interesados la voluntad que tiene la Administración de contratar determinado bien, servicio u obra pública, para lo cual requiere o demanda la presentación de ofertas, si bien el anuncio licitatorio va dirigido a persona indeterminada, las condiciones fijadas en las bases propician una selección natural de los aspirantes a participar. No cualquiera podrá participar e inscribirse en un concurso, sólo aquellos que puedan estar en condiciones de satisfacer las condiciones objetivas y subjetivas de las bases, por lo que de hecho estas circunstancias materiales y técnicas acotan el universo de posibles interesados.

La libre participación como hemos señalado no implica la posibilidad de participación de cualquiera en forma genérica, sino sólo de todos aquellos que se encuentran en condiciones materiales y técnicas de tener posibilidades de

satisfacer los requisitos establecidos en las bases, esto parece sencillo pero en los hechos no resulta a veces tan fácil, ejemplo de ello, el caso de una entidad pública que convoca a concurso a los fabricantes de ropa en una licitación pública para adquirir uniformes, negándosele la inscripción a una empresa cuya acta constitutiva menciona que su objeto, entre otras actividades, la constituyen actividades industriales y no especifica que fuese fabricante. La negativa de inscripción propició que la afectada interpusiera el recurso de inconformidad el cual indebidamente por parte de a autoridad fue aceptada y resuelta favorablemente, por considerar que se limitaba la libre concurrencia de los oferentes.

La Administración no puede elegir individualmente a sus proponentes esto sería contrario a la libre concurrencia, sin embargo, ésta debe entenderse que se constriñe en los hechos, a sólo aquellos que tienen la posibilidad de satisfacer todas las condiciones objetivas y subjetivas indicadas en las bases y que si no se colma esta condición de viabilidad, la negativa a participar que en su caso determine la autoridad convocante no conculca el principio de la libre concurrencia.

Así, los artículos 50 de la Ley de Adquisiciones, y el 50 de la Ley de Obras Públicas enumeran una serie de impedimentos para que determinadas personas físicas o morales puedan ofrecer ofertas o celebrar contratos, de acuerdo a los siguientes términos:

“Las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o celebrar contrato alguno en las materias a que se refieren dichas Leyes con las personas físicas o morales siguientes:

- Aquéllas en que el servidor público que intervenga en cualquier forma en la adjudicación del contrato tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllas de las que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;
- Las que desempeñen un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien, las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización previa y específica de la Contraloría conforme a la Ley de Responsabilidades e los Servidores Públicos; así como las inhabilitadas para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- Aquellos proveedores que, por causas imputables a ellos mismos, la dependencia o entidad convocante les hubiere rescindido administrativamente más de un contrato, dentro de un lapso de dos años calendario contado a partir de la notificación de la primera rescisión. Dicho impedimento prevalecerá ante la propia dependencia o entidad convocante durante dos años calendario contados a partir de la fecha de la notificación de la rescisión del segundo contrato; en el caso de los contratistas los lapsos de tiempo son de un año.
- Los que se encuentran inhabilitados por resolución de la Contraloría en los términos del Título Sexto de la Ley de adquisiciones y por el Título Séptimo de la Ley de Obras Públicas.

- Los proveedores que se encuentren en situación de atraso en las entregas de los bienes o servicios por causas imputables a ellos mismos, respecto de otro u otros contratos celebrados con la propia dependencia o entidad siempre y cuando estas hayan resultado gravemente perjudicadas;
- Aquéllas que hayan sido declaradas en suspensión de pago, estado de quiebra o sujetas a concurso de acreedores;
- Aquéllas que presenten propuestas en una misma partida de un bien o servicio, en un procedimiento de contratación que se encuentren vinculadas entre sí por algún socio o asociado común;
- Las que pretendan participar en un procedimiento de contratación y previamente hayan realizado o se encuentren realizando, por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, en virtud de otro contrato, trabajos de análisis, control de calidad, preparación de especificaciones, presupuesto o la elaboración de cualquier documento vinculado con el procedimiento en que se encuentran interesadas en participar;
- Aquéllas que por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial pretendan ser contratadas para la elaboración de dictámenes, peritajes y avalúos, cuando estos hayan de ser utilizados para resolver discrepancias derivadas de los contratos en los que dichas personas o empresas sean parte;
- Las que celebren contratos sobre las materias reguladas por la Ley sin estar facultadas para hacer uso de derechos de propiedad intelectual, y

- Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de ley”.

4. CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS BASES

Las bases constituyen un conjunto de indicaciones diversas, generalmente agrupadas en distintas categorías que contienen especificaciones técnicas generales y especiales redactadas por la entidad convocante. Estas reglas conforman la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los proponentes, por ello a las bases suele llamárseles la ley del contrato.

Las bases son generales e impersonales con lo cual se mantiene el principio básico de igualdad de los oferentes, por lo que el contenido y estilo de redacción habrá de ser lo más claro, preciso y completo que se pueda, única manera de prevenir futuras controversias y resultados adversos al interés de la Administración.

Es el cumplimiento estricto del contenido de las bases por parte de los interesados, el hecho generador del derecho subjetivo de participar en la licitación, son los requisitos satisfechos los que procuran una especie de legitimación del interesado para intervenir como oferente.

5. CONFIDENCIALIDAD

Éste consiste en que las propuestas de los oferentes deberán presentarse en sobre cerrado, de tal manera que los competidores no conozcan su contenido, ni las autoridades previamente al acto de apertura de ofertas, mediante la confidencialidad de las ofertas se garantiza una sana oposición entre todos los proponentes, como contrapartida de la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.

La legislación de la materia, prescribe que en las licitaciones públicas, la entrega de proposiciones se hará por escrito, mediante dos sobres cerrados que contendrán, por separado, la propuesta técnica y la propuesta económica, incluyendo en esta última la garantía de seriedad de las ofertas.

6. GARANTÍA DE SERIEDAD

Como contrapartida al principio de libre concurrencia, la Administración está facultada para exigir de los proponentes cierta garantía de seriedad de las ofertas, ésta generalmente consiste en un depósito cuyo importe resultará de aplicar un cierto porcentaje sobre el monto de la licitación. Su finalidad es afianzar el mantenimiento de la oferta mientras se decide el fallo concursal y está destinada a asegurar la celebración del contrato.

El artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, estipula que los proveedores que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

"I Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse por la totalidad del monto de los anticipos, y

II El cumplimiento de los contratos.

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. En los casos señalados en los artículos 41 fracciones IV, XI y XIV y 42 de esta Ley, el servidor público que deba firmar el contrato bajo su responsabilidad, podrá exceptuar al proveedor, de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo.

La garantía de cumplimiento del contrato deberá presentarse a más tardar dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro del citado plazo y, la correspondiente al anticipo se presentará previamente a la entrega de éste, a más tardar en la fecha establecida en el contrato."

Y el artículo 48 de la Ley de Obras Públicas, a su vez establece que los contratistas a que se refiere la Ley deberán garantizar:

"I Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos, y

II El cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo.

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y X y 43 de esta Ley, el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presentar la garantía del cumplimiento.”

En ambos ordenamientos, se establece que las garantías deban otorgarse a favor de la Tesorería de la Federación por actos o contratos que se celebren con las dependencias; las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas y las Tesorerías de los Estados y Municipios, cuando se afecten total o parcialmente fondos federales.

E) FASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Hemos sostenido que la licitación pública es un procedimiento integrado por una serie de actos unilaterales de la Administración previos a un contrato administrativo, que no forman un todo indivisible, sino que estos son individuales y su vinculación entre ellos es lógica, su integralidad está dada por una concatenación natural de la secuencia formal y material en que éstos se desarrollan y no porque constituyan una unidad.

Esta característica de los diversos actos integrantes del procedimiento licitatorio, es la que permite predicar de ellos su autonomía y separabilidad, condición material de la procedibilidad de su impugnación, al ser susceptibles de ser aislados y atacados por los medios jurídicos que la Ley autoriza.

El sostener la tesis contraria, es decir, la de la indivisibilidad de los actos precontractuales, según Lamarque .."restringe el círculo de los legitimadores a impugnar la ilegitimidad de los procedimientos de contratación, pues las partes contratantes serán las únicas habilitadas para ello y lo harán ante el juez del contrato"⁶⁰, en este mismo aspecto Diez, estima que los actos precontratados son separables, autónomos, independientes y dotados de individualidad por lo que es factible su impugnación directa.⁶¹

Es necesario distinguir los actos jurídicos preparatorios que son actos administrativos en sentido estricto, de los actos meramente materiales que no podrían ser objeto de impugnación, tales como, opiniones, consultas, etc. y que forman parte de la actividad material de la Administración que por sí mismos no tienen significación jurídica, aunque su realización esté orientada a la producción formal del acto administrativo.

La legislación vigente sobre la materia no señala en forma expresa cuáles son las etapas o fases que integran o componen la licitación pública, sin embargo, es posible identificar éstas de acuerdo a la secuencia con la que se producen en el tiempo y su prelación lógica, de esta forma podemos proponer como etapas o fases:

- a) La convocatoria
- b) La publicidad
- c) Las bases
- d) Presentación de propuestas
- e) Apertura de concurso

⁶⁰ DROMI, JOSE ROBERTO, op. cit. pág. 422.

⁶¹ DIEZ, MANUEL M. Derecho Administrativo, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires 1965, pág. 494-495.

- f) Evaluación
- g) Adjudicación
- h) Contratación

a) La convocatoria

Existe una serie de requisitos materiales previos a esta etapa, como son los informes técnicos, planos, dictámenes y estudios de factibilidad, requerimientos de necesidades, entre otros, incluyendo la disponibilidad presupuestaria para realizar la erogación correspondiente, todos estos actos condicionan la viabilidad de la primera manifestación del procedimiento licitatorio que es la convocatoria.

Normalmente estos actos previos a la convocatoria están contenidos en la planeación y programación del gasto público, de esta manera el artículo 18 de la Ley de Adquisiciones al tenor literal establece que:

“En la planeación de las adquisiciones, arrendamientos y servicios, las dependencias y entidades deberán ajustarse a:

- I. Los objetivos y prioridades de Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales que correspondan, así como a las previsiones contenidas en sus programas anuales, y
- II. Los objetivos, metas y previsiones de recursos establecidos en los presupuestos de egresos de la Federación”.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley de Obras Públicas señala que en la planeación de las obras públicas y de los servicios relacionados con las mismas, las dependencias y entidades deberán ajustarse a:

I Lo dispuesto por la Ley General de Asentamientos Humanos

II Los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales; institucionales, regionales y especiales que correspondan, así como las previsiones contenidas en sus programas anuales, y

III Los objetivos, metas y previsiones de recursos establecidos en los presupuestos de egresos de la Federación o de las entidades respectivas.”

Este es el marco genérico presupuestal que condiciona cualquier acto licitatorio, sin la existencia de partida presupuestal y autorización previa, no es lícito que la entidad pública realice contratación alguna. Una vez satisfecho este requisito, es menester se colmen otros actos materiales precedentes a la convocatoria, tales como: la formulación del pedido por escrito a las autoridades competentes, el establecimiento de las cantidades, calidades, especificaciones y características del objeto solicitado. Aportar los fundamentos o razones que justifiquen la solicitud de bienes, servicios u obras y cualquier otro antecedente que se considere de interés para la mejor apreciación de los solicitado.

Colmados los requisitos descritos, entonces surge la convocatoria, como primer paso en el inicio del procedimiento licitatorio, la legislación de la materia no define este acto, por lo que es menester recurrir a la doctrina o a la opinión de los especialistas. De esta manera, Roeherssen di Commerata, define a la

convocatoria como "la decisión unilateral del ente público licitante, por la que elige un procedimiento de contratación e invita a los eventuales interesados en contratar, para que sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para la preparación y ejecución del contrato formulen propuestas u ofertas".⁶²

Dromí la define de manera más sencilla, "es un llamado de demanda que involucra con pedido de ofertas".⁶³

Este llamado a la licitación reviste una forma jurídica del acto administrativo dado que implica una auténtica declaración unilateral, por medio de la cual se exterioriza o manifiesta la voluntad del Gobierno de contratar los bienes, servicio u obras públicas que requiere para satisfacer sus necesidades y fines.

b) La publicidad

Es necesario no confundir la fase de la convocatoria con la publicidad de la convocatoria, en atención a que la primera es un típico acto administrativo, en cambio la segunda, es lisa y llanamente un acto material, que puede instrumentarse en diversos medios de prensa y cuya función es reconocer al primero para generar la concurrencia esperada.

La Ley señala las medidas por las que debe darse a conocer la convocatoria, como su inserción en la sección especializada del Diario Oficial de la Federación, en el similar, si es el caso, tratándose de entidades federativas y adicionalmente en un diario de circulación nacional.

⁶² ROEHERSSEN DI COMMERATA, OP. CIT. PÁG. 180.

⁶³ DROMÍ, JOSE ROBERTO, OP. CIT. PÁG. 231.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

La publicidad de la convocatoria, como señalamos, es una actividad instrumental generadora de efectos y consecuencias jurídicas, que si bien contiene la decisión administrativa, no es ella, ésta, está dada por la convocatoria la que implica el acto jurídico administrativo cuyo contenido es la declaración unilateral de la voluntad de la entidad pública convocante.

Al respecto, Dromí señala que, "el llamado a licitación impone su publicidad, y ésta presupone aquél. La publicación es la forma de comunicarlo de manera general e impersonal. La publicación le da parcialmente eficacia jurídica al llamado a licitación y a los demás actos contenidos en él."⁶⁴

Por su parte Alcides Greca expresa que "La publicación es un presupuesto jurídico esencial para hacer real y efectuar la concurrencia e igualdad de lícitos que inspira la licitación pública".⁶⁵

Por lo expuesto y a manera de conclusión, podemos afirmar que es hasta que el ente público hace el llamado a los particulares, éstos no desempeñan ningún papel. Sólo al producirse la publicación, los interesados pueden ser partes en el procedimiento, presentar sus ofertas y dar origen a relaciones jurídicas subjetivas hasta el acto final de la adjudicación.

c) Las bases

Las llamadas "bases" de una licitación pública, entrañan una función jurídica relevante, la de limitar el objeto de la declaración unilateral de la voluntad de la institución convocante. Las bases son preparadas exclusivamente por el ente

⁶⁴ DROMI, JOSE ROBERTO, op. cit. pág. 233.

⁶⁵ ALCIDES, GRECA. Op. cit. pág. 12.

público que convocará a los oferentes. En su elaboración no intervienen los particulares, ellos se limitan a tomar conocimiento de éstas, después de publicada la convocatoria, una vez iniciado el procedimiento licitatorio.

El multicitado autor italiano Roeherssen di Commerata, al referirse a las bases las que también suelen ser conocidas de acuerdo con la doctrina administrativa y legislación de otros países, como "pliego de condiciones", indica que éste, "preestablece las cuestiones que le interesan al licitante sobre el objeto de la contratación, determinadas a su arbitrio".⁶⁶

En este sentido, las bases de la licitación pública constituyen la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato.

En la doctrina administrativa el pliego de condiciones o "bases", se le atribuye el status de la Ley del Contrato, Oliver Boquera en este sentido sostiene, que "El objeto, el procedimiento y la relación jurídica emergente de la selección están contenidas en los pliegos. Su observancia por parte del licitante y de los oferentes, impuesta por la normatividad jurídica, tiene por finalidad proteger los intereses de ambas partes, cumpliendo así una doble función".⁶⁷

De esta forma, las bases o pliegos de condiciones indican a los interesados las condiciones que deben reunir las proposiciones, las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal a realizar (sistema de cotización, forma de pago, plazos, metas,

⁶⁶ ROEHERSSEN DI COMMERATA, op. cit. pág. 73.

⁶⁷ BOQUERA OLIVER, JOSE M. Derecho Administrativo, Madrid, Inst. de Est. De Adm. Local, 1972, pág. 43.

garantías, lugar, día y hora del acto de apertura de los sobres, etc.) todo ello antes de la celebración del contrato y después de nacido éste, se convierten en matriz contractual de la sustancia obligacional rectora de las partes y de sus efectos jurídicos.

Dado lo expuesto, debe acotarse, que normalmente las bases o pliego de condiciones están conformados por un apartado técnico y otro económico, ambos regidos por la propia normatividad de la materia.

El artículo 31 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 33 de la Ley de Obras Públicas, regulan el contenido que deben tener las bases de una licitación pública, por lo que prescriben que, las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta, inclusive el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante este periodo, y contendrá en lo aplicable como mínimo lo siguiente:

En materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados con estos.

I. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

II. Forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el licitante;

III. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen; fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones; comunicación del fallo y firma del contrato;

IV. Señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar los precios de los bienes o servicios, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes;

V. Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones. Los anexos técnicos y folletos podrán presentarse en el idioma del país de origen de los bienes o servicios, acompañados de una traducción simple al español;

VI. Moneda en que se cotizará y efectuará el pago respectivo. En los casos de licitación internacional, en que la convocante determine efectuar los pagos a proveedores extranjeros en moneda extranjera, los licitantes nacionales podrán presentar sus proposiciones en la misma moneda extranjera que determine la convocante. No obstante, el pago que se realice en el territorio nacional deberá hacerse en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha en que se haga dicho pago;

VII. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes podrán ser negociadas;

VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos de conformidad a lo establecido por el artículo 36 de esta Ley;

IX. Descripción completa de los bienes o servicios, o indicación de los sistemas empleados para identificación de los mismos; información específica que requieran respecto a mantenimiento, asistencia técnica y capacitación; relación de refacciones que deberán cotizarse cuando sean parte integrante del contrato; aplicación de normas a que se refiere la fracción VII del artículo 20 de esta Ley; dibujos; cantidades; muestras, y pruebas que se realizarán, así como método para ejecutarlas;

X. Plazo y condiciones de entrega; así como la indicación del lugar, dentro del territorio nacional, donde deberán efectuarse las entregas;

XI. Requisitos que deberán cumplir quienes deseen participar, los cuales no deberán limitar la libre participación de los interesados;

XII. Condiciones de precio y pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo. Tratándose de adquisiciones de bienes muebles, podrá establecerse que el pago se cubra parte en dinero y parte en especie, siempre y cuando el numerario sea mayor, sin perjuicio de las disposiciones relativas de la Ley General de Bienes Nacionales;

XIII. Datos sobre las garantías; así como la indicación de si se otorgará anticipo, en cuyo caso deberá señalarse el porcentaje respectivo y el momento en que se entregará, el que no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;

XIV. La indicación de si la totalidad de los bienes o servicios objeto de la licitación, o bien, de cada partida o concepto de los mismos, serán adjudicados a un solo proveedor, o si la adjudicación se hará mediante el procedimiento de abastecimiento simultáneo a que se refiere el artículo 39 de esta Ley, en cuyo caso deberá precisarse el número de fuentes de abastecimiento requeridas, los porcentajes que se asignarán a cada una y el porcentaje diferencial en precio que se considerará;

XV. En el caso de contratos abiertos, la información a que alude el artículo 47 de este ordenamiento;

XVI. Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o en la prestación de los servicios;

XVII. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 60 de esta Ley, y

XVIII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación.

Para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, arrendamientos o servicios no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley.

En materia de obras públicas y servicios relacionados con éstos.

"Artículo 33.- Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta inclusive el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante este periodo, y contendrán en lo aplicable como mínimo, lo siguiente:

I. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

II. Forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el licitante;

III. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen; fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones; comunicación del fallo y firma del contrato;

IV. Señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar el costo de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes;

V. Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;

VI. Moneda o monedas en que podrán presentarse las proposiciones. En los casos en que se permita hacer la cotización en moneda extranjera se deberá establecer que el pago que se realice en el territorio nacional se hará en moneda nacional y al tipo de cambio de la fecha en que se haga dicho pago;

VII. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes podrán ser negociadas;

VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos de conformidad a lo establecido por el artículo 38 de esta Ley;

IX. Proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran para preparar la proposición; normas de calidad de los materiales y especificaciones generales y particulares de construcción aplicable, en el caso de las especificaciones particulares, deberán ser firmadas por el responsable del proyecto;

X. Tratándose de servicios relacionados con las obras públicas, los términos de referencia que deberán precisar el objeto y alcances del servicio; las especificaciones generales y particulares; el producto esperado, y la forma de presentación;

XI. Relación de materiales y equipo de instalación permanente que, en su caso, proporcione la convocante, debiendo acompañar los programas de suministro correspondientes;

XII. En su caso el señalamiento del porcentaje de contenido nacional del valor de la obra que deberán cumplir los licitantes en materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente, que serían utilizados en la ejecución de los trabajos;

XIII. Experiencia, capacidad técnica y financiera necesaria de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

XIV. Datos sobre las garantías; porcentajes, forma y términos de los anticipos que se concedan;

XV. Cuando proceda lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, la que deberá llevarse a cabo dentro del periodo comprendido entre el cuarto día natural siguiente a aquél en que se publique la convocatoria y el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones;

XVI. Información específica sobre las partes de los trabajos que podrán subcontratarse;

XVII. Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;

XVIII. Modelo de contrato al que se sujetarán las partes;

XIX. Tratándose de contratos a precio alzado o mixtos en su parte correspondiente, a las condiciones de pago;

XX. Tratándose de contratos a precios unitarios o mixtos en su parte correspondiente, el procedimiento de ajuste de costos que deberá aplicarse, así como el catálogo de conceptos, cantidades y unidades de medición, debe ser firmado por el responsable del proyecto; y la relación de conceptos de trabajo más significativos, de los cuales deberán presentar análisis y relación de los costos básicos de materiales, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción que intervienen en dichos análisis. En todos los casos se deberá prever que cada concepto de trabajo esté debidamente integrado y soportado, preferentemente, en las especificaciones de construcción y normas de calidad solicitadas, procurando que estos conceptos sean congruentes con las cantidades de trabajo requeridos por el proyecto;

XXI. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 78 de esta Ley;

XXII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación, y

XXIII. Los demás requisitos generales que, por las características, complejidad y magnitud de los trabajos, deberán cumplir los interesados, los que no deberán limitar la libre participación de éstos.

Para la participación, contratación o adjudicación en obras públicas o servicios relacionados con las mismas no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley.

Para concluir, es necesario hacer énfasis, en que las bases que formulen las dependencias y entidades convocantes de una licitación pública, deben ponerse a disposición de los interesados quienes deberán pagar el precio estipulado para adquirirlas, esta disponibilidad deberá darse a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria hasta seis días naturales previos a la presentación y apertura de proposiciones. Adicionalmente, es necesario afirmar que la venta de las bases no debe ser condicionada a la satisfacción de ningún requisito y éstas deben ser compradas libremente por quienes lo deseen.

d) Presentación de Propuestas

La presentación de las propuestas como lo señala Oliver Boquera, "es un acto jurídico particular, unilateral del oferente, que contiene una oferta de contrato a favor del licitante, ajustada a las normas reglamentarias del procedimiento".⁶⁸

La oferta traduce una declaración de voluntad que tiene como fin inmediato establecer, crear y modificar derechos o relaciones jurídicas entre el proponente con el licitante y demás oferentes que participan en el concurso.

De acuerdo con nuestra legislación las propuestas deberán formularse por escrito, mediante dos sobres cerrados que contendrán la propuesta técnica y la económica, incluyendo en esta última la garantía de seriedad de las ofertas.

⁶⁸ BOQUERA, OLIVER, op. cit. pág. 87.

Asimismo, las dependencias y entidades a través del Diario Oficial de la Federación, hacen del conocimiento general la identidad del participante ganador de cada licitación pública.

Por otra parte, los interesados en participar en una licitación pública tienen la obligación de garantizar la seriedad de las proposiciones y si es el caso, el cumplimiento de los contratos.

La obligación de los participantes de garantizar la seriedad de las propuestas, tiene como finalidad darle certeza al procedimiento licitatorio, evitando la acción del particular temerario, aún esta obligación se genera por el sólo hecho de la participación, con plena independencia de que todavía no se resuelva el ganador del concurso.

La anterior obligación, es necesario distinguirla de la obligación de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, una vez celebrado éste, aquélla tiene como finalidad asegurarse que el contrato se cumplirá o de lo contrario, se ejercitarán acciones de reparación de daño o el cobro de penalizaciones.

e) Apertura del Concurso

La apertura de las ofertas o de sobres, en que se encuentran contenidas éstas, es la etapa procesal por la que se dan al conocimiento público las propuestas.

Presentadas las propuestas por el oferente, en el día, hora y lugar señalados en la convocatoria y en las bases, en sesión pública se procede a abrir los sobres debidamente cerrados o lacrados, para que las ofertas sean leídas por los servidores públicos encargados del procedimiento y frente a todos los interesados.

Alcides Greca, hace especial énfasis en la importancia del acto de apertura, al que identifica como una operación material de la Administración, en lo que respecta a la apertura, es su intención de saber, y en un acto de trámite, respecto a la lectura de propuestas, "por los que se permite a los oferentes tomar conocimiento de todas ellas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad del licitante y su trato igualitario"⁶⁹, en este mismo sentido Fiorini y Mata expresa que, "el acto es verbal y actuado, porque las leyes imponen el levantamiento de una acta donde se refleja todo lo acontecido durante su desarrollo".⁷⁰

En nuestra legislación, la entrega de proposiciones se hace en dos sobres cerrados que contendrán, por separado, la propuesta trámite y la propuesta económica. La documentación distinta a las propuestas podrá entregarse a elección del licitante, dentro o fuera del sobre que contenga la propuesta técnica.

El plazo para la presentación y apertura de proposiciones, de las licitaciones internacionales no podrá ser inferior a 20 días naturales, contados a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria. En licitaciones nacionales, el plazo será cuando menos de quince días naturales.

⁶⁹ GRECA, ALCIDES, op. cit. pág. 25.

⁷⁰ FIORINI, BARTOLOMÉ Y MATA ISMAEL, OP. CIT. PÁG. 135.

El artículo 35 de la Ley de Adquisiciones, establece con relación a los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios que:

"Artículo 35".- El acto de presentación y apertura de proposiciones, se llevará a cabo en dos etapas, conforme a lo siguiente:

I. En la primera etapa, una vez recibidas las proposiciones en sobrecerrados, se procederá a la apertura de la propuesta técnica exclusivamente y se desecharán las que hubieren omitido alguno de los requisitos exigidos;

II. Por lo menos un licitante, si asistiere alguno, y dos servidores públicos de la dependencia o entidad presentes, rubricarán las partes de las propuestas técnicas presentadas que previamente haya determinado la convocante en las bases de licitación, las que para estos efectos constarán documentalmente, así como los correspondientes sobres cerrados que contengan las propuestas económicas de los licitantes, incluidos los de aquéllos cuyas propuestas técnicas hubieren sido desechadas, quedando en custodia de la propia convocante, quien de estimarlo necesario podrá señalar nuevo lugar, fecha y hora en que se dará apertura a las propuestas económicas.

III. Se levantará acta de la primera etapa, en la que se harán constar las propuestas técnicas aceptadas para su análisis, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; el acta será firmada por los asistentes y se pondrá a su disposición o se les entregará copia de la misma, la falta de firma de algún licitante no invalidará su contenido y efectos, poniéndose a partir de esa fecha a disposición de los que no hayan asistido, para efectos de su notificación;

IV. La convocante procederá a realizar el análisis de las propuestas técnicas aceptadas, debiendo dar a conocer el resultado a los licitantes en la segunda etapa, previo a la apertura de las propuestas económicas;

V. En la segunda etapa, una vez conocido el resultado técnico, se procederá a la apertura de las propuestas económicas de los licitantes cuyas propuestas técnicas no hubieren sido desechadas, y se dará lectura al importe de las propuestas que cubran los requisitos exigidos. Por lo menos un licitante, si asistiere alguno, y dos servidores públicos presentes rubricarán las propuestas económicas y en el caso de obras públicas rubricarán el catálogo de conceptos en el que se consignan los precios y el importe total de los trabajos objeto de la licitación.

Se señalarán lugar, fecha y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación; esta fecha deberá quedar comprendida dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de inicio de la primera etapa, y podrá diferirse, siempre que el nuevo plazo fijado no exceda de veinte días naturales contados a partir del plazo establecido originalmente para el fallo, y

VI. Se levantará acta de la segunda etapa en la que se hará constar el resultado técnico, las propuestas económicas aceptadas para su análisis, sus importes, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; el acta será firmada por los asistentes y se pondrá a su disposición o se les entregará copia de la misma, la falta de firma de algún licitante no invalidará su contenido y efectos, poniéndose a partir de esa fecha a disposición de los que no hayan asistido, para efecto de su notificación.”

La entrega de proposiciones en materia de obras públicas opera del mismo modo que al de las adquisiciones anteriormente descritas, al igual que los

plazos para la presentación de aquéllas tanto en las licitaciones nacionales como internacionales.

Asimismo, el artículo 37 de la Ley de Obras Públicas aludiendo a los contratos de obra pública expresa que:

“Artículo 37”.- El acto de presentación y apertura de proposiciones se llevará a cabo en dos etapas, conforme a lo siguiente:

I. En la primera etapa, una vez recibidas las proposiciones en sobres cerrados; se procederá a la apertura de la propuesta técnica exclusivamente y se desecharán las que hubieran omitido alguno de los requisitos exigidos;

II. Por lo menos un licitante, si asistiere alguno, y dos servidores públicos de la dependencia o entidad presentes, rubricarán las partes de las propuestas técnicas presentadas que previamente haya determinado la convocante en las bases de licitación, las que para estos efectos constarán documentalmente, así como los correspondientes sobres cerrados que contengan las propuestas económicas de los licitantes, incluidos los de aquellos cuyas propuestas técnicas hubieren sido desechadas, quedando en custodia de la propia convocante, quién de estimarlo necesario podrá señalar nueva fecha, lugar y hora en que se dará apertura a las propuestas económicas;

III. Se levantará acta de la primera etapa en la que se harán constar las propuestas técnicas aceptadas para su análisis, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; el acta será firmada por los asistentes y se pondrá a su disposición o se les entregará copia de la misma, la falta de firma de algún licitante no invalidará su contenido y efectos,

poniéndose a partir de esa fecha a disposición de los que no hayan asistido, para efecto de su notificación;

IV. La convocante procederá a realizar el análisis de las propuestas técnicas aceptadas, debiendo dar a conocer el resultado a los licitantes en la segunda etapa, previo a la apertura de las propuestas económicas;

V. En la segunda etapa, una vez conocido el resultado técnico, se procederá a la apertura de las propuestas económicas de los licitantes cuyas propuestas técnicas no hubieren sido desechadas, y se dará lectura al importe total de las propuestas que cubran los requisitos exigidos. Por lo menos un licitante, si asistiere alguno, y dos servidores públicos presentes rubricarán el catálogo de conceptos, en el que se consignen los precios y el importe total de los trabajos objeto de la licitación.

Se señalarán lugar, fecha y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación; esta fecha deberá quedar comprendida dentro de los cuarenta días naturales siguientes a la fecha de inicio de la primera etapa, y podrá diferirse, siempre que el nuevo plazo fijado no exceda de veinte días naturales contados a partir del plazo establecido originalmente para el fallo, y

VI. Se levantará acta de la segunda etapa en la que se hará constar el resultado técnico, las propuestas económicas aceptadas para su análisis, sus importes, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; el acta será firmada por los asistentes y se pondrá a disposición o se les entregará copia de la misma, la falta de firma de algún licitante no invalidará su contenido y efectos, poniéndose a partir de esa fecha a disposición de los que no hayan asistido, para efecto de su notificación.”

En ambos procedimientos licitatorios resulta común el concurso dividido en dos partes, también llamados concursos de dos pasos: uno técnico y otro económico. En la primera etapa se analizan las propuestas técnicas de los oferentes, eliminándose las que no colmen los requisitos previamente establecidos y en la segunda etapa sólo se analizan las propuestas económicas de los oferentes que hubiesen aprobado la primera.

La divisibilidad de esta etapa como acto independiente dentro de la licitación pública es de orden lógico, la sustancia de la apertura se encuentra por la concurrencia de los proponentes y la manifestación de sus ofertas, aún cuando estas se produzcan en el mismo evento apertural son lechos que no deben confundirse.

De esta manera, podrán ser oferentes en una licitación pública, todo interesado que satisfaga los requerimientos de la convocatoria y las bases de la licitación tendrán derecho a presentar su proposición. A diferencia del procedimiento de venta de las bases que consideremos no puede condicionarse o restringirse, quienes pueden presentar proposiciones son sólo aquellos que cumplen con los requisitos para poder concursar.

En la doctrina administrativa a los particulares participantes en un procedimiento licitatorio se les denomina "proponentes", "oferentes", o "licitadores", quienes son las personas que formulan la oferta a instancias del llamado a licitación. Los tres vocablos son sinónimos y "significan un tercero ajeno al ente público licitante, que aspira a ser adjudicatario del contrato".⁷¹

Adicionalmente al cumplimiento de los requisitos fijados en las bases de la licitación, deben concurrir en los sujetos aspirantes, las reglas de la capacidad

⁷¹ MARIENHOFF, MIGUEL S. op. cit. T. III-A pág. 25-226.

civil, reguladas por la legislación ordinaria, a las que habría que añadir otras reglas específicas de Derecho Público, que limitan la participación de los "oferentes" por la vía de la inhabilidad, o por prohibiciones específicas que pueden restringir su derecho subjetivo a participar en el asunto, aún cuando jurídicamente sean completamente capaces para contratar y asumir obligaciones. Esta materia será objeto de análisis en los últimos dos capítulos de este trabajo.

En este mismo orden de ideas, debe agregarse que los oferentes, además de reunir los presupuestos sustanciales de capacidad y ausencia de incompatibilidad e inhabilidad, deben complementar el requisito de la garantía *pre-contractual*.

Cabe señalar que el artículo 38 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas abrogada, señalaba que: Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

"I. La seriedad de las proposiciones en los procedimientos de licitación pública.

La convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los licitantes salvo la de aquél a quien se hubiere adjudicado el contrato, la que se retendrá hasta el momento en que el proveedor o contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente;

II. Los anticipos que, en su caso, reciban. Esta garantía deberá constituirse por la totalidad del monto del anticipo, y

III. El cumplimiento de los contratos."

Actualmente, en la legislación vigente se observa una laguna normativa con relación a las garantías pre-contractuales de los oferentes en una licitación pública, toda vez que tanto la Ley de Adquisiciones como la Ley de Obras Públicas al referirse al otorgamiento de garantías solo regulan expresamente las pactadas al celebrar los contratos y que tienen el propósito de garantizar el cumplimiento de éstos. El legislador cometió un gravísimo error al omitir la garantía de mantenimiento de seriedad de la propuesta como lo prescribió la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

En la práctica, a pesar de la laguna normativa señalada, las dependencias y entidades convocantes continúan exigiendo en las bases de una licitación pública *el otorgamiento de garantías pre-contractuales a los participantes, todo ello con apoyo en el artículo 31 fracción XIII de la vigente Ley de Adquisiciones y el artículo 33 fracción XIV de la Ley de Obras Públicas, los que al referirse al contenido que deben tener las bases, expresamente establecen que éstas contendrán en lo aplicable como mínimo lo siguiente:*

Artículo 31 fracción XIII de la Ley de Adquisiciones ..."Datos sobre las garantías; así como la indicación si se otorgará anticipo, en cuyo caso deberá señalarse el porcentaje respectivo y el momento en que se entregará, el que no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato.

Y, el artículo 33 fracción XIV de la Ley de Obras Públicas: ..."Datos sobre las garantías; porcentajes, forma y términos de los anticipos que se concedan".

Moritmerle Jacques, señala que este tipo de garantías al que le denomina "caución provisoria", también llamada "garantía de oferta o garantía de mantenimiento de propuesta, diversa de la caución definitiva o garantía

contractual o de adjudicación que debe constituir el co-contratante. La primera deben integrarla todos los oferentes o proponentes, la segunda, en cambio, sólo el adjudicatario elegido".⁷²

Las garantías otorgadas en un procedimiento licitatorio avalan la seriedad de la oferta por parte del proponente, o como lo admite Gordillo "constituye una señal pre-contractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento".⁷³

Es importante señalar, que durante el desarrollo del evento concursal pueden celebrarse juntas de aclaraciones, antes o después de la apertura, por medio de las cuales los oferentes pueden formular observaciones. De éstas se dejan constancia por escrito en las actas que se levantan para tal efecto.

f) Evaluación

El proceso de evaluación de las proposiciones de los oferentes se realiza de conformidad con las dos etapas que conforman los concursos: la técnica y la económica, la legislación vigente sobre la materia prescribe tanto para las adquisiciones como la obra pública, que las dependencias y entidades para hacer una evaluación de las proposiciones deberán verificar que las mismas incluyan la información, y cumplan con toda la documentación legal y técnica establecida en los requisitos de las bases, de tal forma que el contrato se adjudicará a la persona que de entre los licitantes reúna las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante.

⁷² DROMI, JOSE ROBERTO, op. cit. pág. 286.

⁷³ GORDILLO AGUSTÍN, op. cit. pág. 347.

Lo anterior implica que hay dos actos evaluatorios uno técnico y otro económico, sin embargo al actividad evaluatoria del ente público licitante no es arbitrario, ni caprichoso, el margen discrecional se encuentra reducido por las mismas convocatorias y las bases de la licitación, que deben contener y describir ampliamente los criterios de dictaminar ambas instancias.

Para ello es necesario que las bases contengan todas las reglas que se aplicarán durante la secuela previa a la celebración del contrato y en la fase contractual.

En la fase técnica deberán precisarse con la mayor concreción las especificaciones tecnológicas y características del objeto de la licitación, para que el ejercicio de análisis comparativo sea más fácil para la autoridad y puedan las particulares tener la garantía de imparcialidad. En cuanto a la fase económica se establece el comparativo de ofertas económicas de las propuestas que hayan resultado satisfactorias declarándose ganadora la más baja.

g) Adjudicación

Esta etapa la podemos definir como "el acto administrativo, en virtud del cual la Administración Pública declara como final de una licitación, cual es la oferta o propuesta más conveniente, otorgando la contratación respectivo a la persona o entidad que la ha formulado".⁷⁴

La Ley establece tanto para las adquisiciones de bienes y servicios como para la obra pública, que el fallo de la licitación se da en junta pública, a la que

⁷⁴ FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, op. cit. pág. 28.

libremente podrán asistir los licitantes que hubieren participado, sin embargo, la celebración de dicha junta pública es optativa para el ente público, toda vez que en sustitución de la misma, puede comunicar por escrito los resultados a los interesados, a los que deberá proporcionar toda la información pertinente que detalle las razones por las cuales no ganaron.

De lo expuesto se desprende que un contrato debe de ser adjudicado al mejor oferente, siendo ilegal resolver la adjudicación a favor del concurrente que no esté colocado en el primer lugar en el evento de selección.

h) Contratación

“La adjudicación produce un resultado jurídico objetivo: la elección del proponente que formula la oferta más conveniente. Con dicho acto se concluye el procedimiento licitatorio en su fase esencial, iniciándose entonces la formalización del contrato”⁷⁵. A esta etapa podríamos llamarla siguiendo a Alessi, la fase integrativa del procedimiento licitatorio.

Es llegado a este punto, en que el acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y el particular producen los efectos jurídicos deseados. En algunas ocasiones, existe la práctica por parte de algunos servidores públicos encargados de emitir el fallo adjudicatorio, de no formalizar este contractualmente, toman como fuentes generadora de derechos y obligaciones para las partes la propia adjudicación y a partir de ésta se realiza el pedido o se inician los trabajos correspondientes, sin embargo, esto es indebido y deja a las partes en una situación legal de desprotección.

⁷⁵ ALESSI RENATO, Instituciones del Derecho administrativo, Editorial Bosch, S.A., Barcelona 1970, T. I. Pág. 292.

F.- EXCEPCIONES

El artículo 134 Constitucional consagró como principio general la licitación pública en materia de contratación de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública, sin embargo, el mismo precepto señala que, cuando las licitaciones no sean idóneas para asegurar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, las leyes establecerán las bases, procedimiento, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar el cumplimiento de las condiciones descritas. De esta forma, se autorizó al legislador secundario para que al reglamentar dicho artículo constitucional se establezcan supuestos de excepción a la regla general.

En nuestra legislación el artículo 41 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 42 de la Ley de Obras Públicas establecen la facultad para que las dependencias y entidades puedan bajo su responsabilidad optar por un procedimiento de contratación al margen de la licitación pública.

Al principio de este trabajo, hicimos referencia al lento proceso evolutivo de la institución concursal en su modalidad pública, sin embargo, es tal la complejidad de las relaciones comerciales que surgen entre la Administración Pública y los particulares, que en algunos casos, el legislador por razones de carácter extraordinario o emergencia, no consideró idóneo el empleo de éste medio concursal, lo cual también en la realidad se presta por el natural ejercicio de la potestad discrecional conferida, a cometer abusos en perjuicio del ente público y ser el cobijo de negocios en los que existe interés personal de los encargados de las contrataciones.

Las excepciones a la licitación pública en nuestra legislación dan origen al procedimiento de invitación restringida y a la contratación directa. Estas excepciones por las que se habilitan procedimientos distintos a la licitación pública, revisten carácter facultativo, de modo que el ente público licitante puede evitar recurrir a la licitación pública, siempre, por supuesto, que el objeto de la naturaleza de la contratación lo permita.

A nivel doctrinario existen voces autorizadas que justifican las excepciones al procedimiento de la licitación pública. Dromi dice, que estas: "están fundadas en razones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, por razones de conveniencia administrativa y en otros supuestos por atendible "razón de Estado" y "seguridad pública".⁷⁶

Este mismo autor, refiere que existe imposibilidad legal, cuando la cosa a adquirirse u obra a construirse, presuponen necesariamente la exclusión de toda idea de licitación – por ejemplo, en el caso de la adquisición de productos que se encuentran monopolizados en el mercado.

Asimismo, considera que la imposibilidad por naturaleza para las donaciones que efectúan algunos entes públicos estatales, o la transacción de juicios pendientes, o la adquisición de cosas por expropiación, evidencian manifiestamente que no puede seguirse el trámite de la licitación.

También hay imposibilidad de hecho, cuando se han realizado infructuosamente varios llamados a licitación y éste no ha tenido la concurrencia adecuada.

⁷⁶ DROMI, JOSE ROBERTO, op. cit. pág. 153.

Por último, las razones de Estado justifican su exclusión por motivo de seguridad, confidencialidad o gran reserva.

En nuestro marco jurídico, se autorizan como excepción, la contratación directa y la licitación privada, en ciertos supuestos expresamente previstos, y también como procedimientos subsidiarios de la licitación pública fracasada por ofertas inadmisibles, y de la licitación pública desierta.

En este punto, es necesario determinar, cual es el principio general consagrado constitucionalmente en materia de contratación de bienes, servicios y obra pública, Sayagués Laso,⁷⁷ afirma que el Estado posee la facultad genérica de la libre elección, de la cual la licitación pública constituye una mera modalidad de excepción, por lo que la contratación directa y la licitación privada no son generados por normas permisivas, en atención a que si no existen normas prohibitivas o que expresamente señalen como obligatoria la celebración de determinados contratos administrativos por la vía de la licitación pública, aquéllos se entienden autorizados tácitamente por el orden jurídico.

Para este autor, las normas positivas, legales o reglamentarias que prescriben imperativamente el procedimiento de la licitación pública, se interpretarían en forma restrictiva, a efecto de no limitar por simples analogías e interpretaciones extensivas el principio de la libre elección.

No concordamos con dicho razonamiento y consideramos, que al menos en el caso mexicano, se aplica la regla inversa de considerar como principio genérico el de la licitación pública y como excepción la licitación privada, que

⁷⁷ SAYAGÜES LASO, op. cit. págs. 67-68.

en todo caso es también un procedimiento reglado ajeno al principio de la libre elección que sólo se materializa en el supuesto de la contratación directa.

Si bien la legislación secundaria no señala taxativamente los supuestos sobre lo que deberá recaer obligatoriamente el procedimiento de licitación pública, su prescripción es general, de lo que se infiere, que constituye un principio genérico exigido para todo contrato de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública y que en caso de excepcionarse, ésta deberá estar debidamente justificada, bajo la responsabilidad de la autoridad convocante.

1.- LICITACIÓN PRIVADA

El artículo 40 de la Ley de Adquisiciones establece el procedimiento de invitación restringida, señalando en su segundo párrafo, que ésta "deberá fundarse según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado".

Por su parte el numeral 41 del mismo ordenamiento describe los supuestos de contratación por esta vía.

"Artículo 41".- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando:

III. El contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;

IV. 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;

V. Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados;

VI. Se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o sean necesarias para garantizar la seguridad interior de la Nación;

VII. Derivado del caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto las cantidades o conceptos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla;

VIII. Se hubiere rescindido el contrato respectivo por causas imputables al proveedor que hubiere resultado ganador en una licitación. En estos casos la dependencia o entidad podrá adjudicar el contrato al licitante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, siempre que la diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora no sea superior al diez por ciento;

IX. Se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas;

X. Existan razones justificadas para la adquisición o arrendamiento de bienes de marca determinada;

XI. Se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprocesados, semovientes y bienes usados. Tratándose de estos últimos, el precio de adquisición no podrá ser mayor al que se determine mediante avalúo que practican las instituciones de crédito o terceros habilitados para ello conforme a las disposiciones aplicables;

XII. Se trate de servicios de consultoría, asesoría, estudios e investigaciones cuya difusión pudiera afectar al interés público o comprometer información de naturaleza confidencial para el gobierno federal;

XIII. Se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos, como personas físicas o morales;

XIV. Se trate de adquisiciones de bienes que realicen las dependencias y entidades para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios expresamente establecidos en el acto jurídico de su constitución;

XV. Se trata de adquisiciones de bienes provenientes de personas que, sin ser proveedores habituales, ofrezcan bienes en condiciones favorables, en razón de encontrarse en estado de liquidación o disolución, o bien, bajo intervención judicial;

XVI. Se trate de servicios profesionales prestados por una persona física, siempre que estos sean realizados por ella misma sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico;

XVII. Se trate de servicios de mantenimiento de bienes en los que no sea posible precisar su alcance, establecer las cantidades de trabajo o determinar las especificaciones correspondientes;

XVIII. El objeto del contrato sea el diseño y fabricación de un bien que sirva como prototipo para producir otros en la cantidad necesaria para efectuar las pruebas que demuestren su funcionamiento. En estos casos la dependencia o entidad deberá pactar que los derechos sobre el diseño, uso o cualquier otro derecho exclusivo, se constituyan a favor de la federación o de las entidades según corresponda;

XIX. Se trate de equipos especializados, sustancias y materiales de origen químico, físico químico o bioquímico para ser utilizadas en actividades experimentales requeridas en proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, siempre que dichos proyectos se encuentren autorizados por quien determine el titular de la dependencia o el órgano de gobierno de la entidad, o

XX. Se acepte la adquisición de bienes o la prestación de servicios a título de dación en pago, en los términos de la ley del servicio de tesorería de la federación.

Del mismo modo, el artículo 42 de la Ley de Obras Públicas establece los supuestos de excepción en lo concerniente a su materia.

Artículo 42.- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar obras públicas o servicios relacionados con las mismas, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando:

I. El contrato solo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;

II. 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;

III. Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados;

IV. Se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, sean necesarios para garantizar la seguridad interior de la Nación o comprometan información de naturaleza confidencial para el Gobierno Federal;

V. Derivado de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla;

VI. Se hubiere rescindido el contrato respectivo por causas imputables al contratista que hubiere resultado ganador en una licitación. En estos casos la dependencia o entidad podrá adjudicar el contrato al licitante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, siempre que la

diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora no sea superior al diez por ciento;

VII. Se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas;

VIII. Se trate de trabajos de mantenimiento, restauración, reparación y demolición de inmuebles, en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución;

IX. Se trate de trabajos que requieran fundamentalmente de mano de obra campesina o urbana marginada, y que la dependencia o entidad contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deban realizarse los trabajos, ya sea como personas físicas o morales;

X. Se trate de servicios relacionados con las obras públicas prestados por una persona física, siempre que éstos sean realizados por ella misma, sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico, o

XI. Se acepte la ejecución de los trabajos a título de dación en pago, en los términos de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación.

En ambas materias, la legislación prevé adicionalmente a los supuestos de excepción descritos que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar, adquisiciones, arrendamientos, servicios relacionados con éstos, obras públicas y servicios relacionados con ésta, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, a través de los de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, cuando el importe de cada operación no exceda los montos máximos establecidos en el

Económicos: Sin ser limitativos pueden señalarse el empleo de una marca determinada; en bienes perecederos, granos y productos alimenticios; y bienes para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de los fines propios de la entidad; servicios de mantenimiento, conservación o reparación en los que no sea posible precisar conceptos y cantidades de trabajo; y bien de empresas en liquidación, disolución o bajo intervención judicial que ofrezcan condiciones excepcionalmente favorables.

Confidencialidad: Se incluye la contratación de servicios de consultoría cuya difusión pudiera afectar el interés público sin que el precepto especifique la materia en que deba caer la confidencialidad o algún criterio de que se pudiera derivar una interpretación restringida, por lo que en ella se consigna una auténtica facultad discrecional de las entidades públicas para excepcionar la licitación pública.

Sociales: Se refiere las contrataciones con grupos agropecuarios de sector social o grupos urbanos marginados.

Servicios Profesionales: Relativo a la contratación de personas físicas.

Por lo que atañe a la obra pública, los supuestos descritos, merecen agruparse en los siguientes conceptos:

Económicos: Trata de los trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición de inmuebles en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución.

Sociales: Consigna la contratación de trabajos de obra pública que requieren mano de obra campesina o urbana marginada.

Seguridad Nacional: Señala la ejecución de obras que por su naturaleza, bajo un procedimiento de licitación pública pudiera afectar la seguridad de la Nación o la información confidencial del Gobierno.

La tramitación del procedimiento de invitación restringida está regulada por los artículos 43 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 44 de la Ley de Obras Públicas, éste para que sea válido deberá contar con la participación de cuando menos tres proveedores o contratistas, su tramitación de acuerdo a los numerales mencionados, se sujeta a los siguientes pasos:

- El acto de presentación y apertura de proposiciones se llevará a cabo en dos etapas. La apertura de sobres podrá hacerse sin la presencia de los licitadores, pero invariablemente asistirá un representante del Órgano de Control.
- Para llevar a cabo la evaluación deberá contarse con un mínimo de tres propuestas.
- Las invitaciones o bases indicaran como mínimo la cantidad y descripción de los bienes y servicios o las características y complejidad de los trabajos.
- Los plazos para la presentación de las proposiciones.
- El carácter nacional o internacional de la invitación.

- El fallo se adjudicará a la propuesta técnica que haya cumplido satisfactoriamente y que corresponda a la oferta económica más baja.

2.- CONTRATACIÓN DIRECTA

Tanto la Ley de Adquisiciones como la Ley de Obras Públicas vigentes establecen la adjudicación directa como una modalidad opcional que las dependencias y entidades convocantes pueden emplear discrecionalmente al procedimiento de invitación al menos a tres personas o licitación privada, los mismos supuestos que operan para este último, son los que resultan procedentes para aquéllas.

Con las recientes reformas al marco jurídico que regula las adquisiciones de bienes y servicios y la contratación de obras públicas, se observa un avance de la adjudicación directa como modalidad de excepción a la regla general de la licitación pública. Esto estaría que a nivel de la legislación secundaria, los supuestos de excepción son mayores, y se le otorgan mayores facultades discrecionales a las autoridades administrativas para excepcionar la licitación pública bajo su responsabilidad.

Por lo anterior se puede concluir que, la Ley le confiere a las dependencias y entidades la más completa y absoluta facultad discrecional para optar por la adjudicación directa, excepcionando con ello no sólo a la licitación pública, sino también a la privada, autorizando al ente público a realizar operaciones por esta vía, que no rebasen los techos presupuestales determinados, sin embargo, en la práctica y a pesar de estar prohibido por la Ley, operaciones de gran monto son fraccionadas para que su contratación se realice de forma directa contraviniendo los preceptos de la materia.

El ejercicio de la opción directa deberá ser objeto de fiscalización muy estrecha de parte de las instancias encargados de las funciones de auditoría, pues aún en el caso de que se trata del ejercicio de facultades discrecionales, éstas deben estar fundadas en criterios y justificaciones objetivas y aplicaciones racionales y comprensibles y no en el capricho de la autoridad y con la intención de beneficiar a un contratista o proveedor o en obtener un beneficio propio.

IV. LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO PUBLICO.

A) IRREGULARIDADES EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO.

El procedimiento licitatorio puede en su desarrollo adolecer de ciertos vicios o irregularidades que lo hacen devenir en defectuoso, lo cual puede afectar su validez o eficacia y eventualmente la misma relación contractual a que da lugar, puede ser susceptible de ser atacada o impugnada por algún defecto o vicio. "El defecto, vicio o irregularidad lo afecta en la medida o magnitud del incumplimiento del requisito concretamente violado"⁷⁸, "la consecuencia que corresponde asignar al acto viciado no depende de supuestos apriorísticos sino de la importancia que de cada caso tenga el vicio cometido"⁷⁹.

De acuerdo con Marienhoff, "son vicios del acto administrativo las fallas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, afectan la perfección del acto, sea en su validez o en su aplicación, obstando ello a la subsistencia o a la ejecución del acto"⁸⁰.

Sin embargo, al hablar de las irregularidades que pueden presentarse en el procedimiento licitatorio, es necesario ponderar éstas a la luz del concepto *analítico de licitación pública* y a través de las diversas etapas o fases que lo integran, considerándolas en su conjunto tendientes a la exteriorización de la voluntad contractual del Estado (como licitante) y su acuerdo con la voluntad particular (del oferente) para constituir un instrumento contractual de carácter formal.

⁷⁸ GORDILLO, AGUSTIN, op. cit. págs. 1241-242.

⁷⁹ DROMI, JOSÉ ROBERTO, op. cit. pág. 433.

⁸⁰ MARIENHOFF, MIGUEL S, op. cit, T. II, pág. 457.

En atención al concepto de licitación pública, es posible distinguir las irregularidades o vicios según el momento en que éstos ocurren, por lo que unas pueden cometerse en la etapa pre-contractual y las otras a partir de la celebración del contrato mismo. Las primeras afectan el procedimiento en la formación de la voluntad contractual y las segundas son vicios del propio contrato.

Las irregularidades pre-contractuales que afectan cualquiera de las etapas previas a la celebración del contrato, son vicios que pueden trastocar la validez del procedimiento licitatorio, aún antes de que éste llegue a su cometido final que es el contrato, en este caso, la libre concurrencia y participación de los oferentes representa el punto de equilibrio y control de la legalidad del procedimiento licitatorio, al tener éstos la facultad de solicitar a la autoridad correspondiente la anulación del acto o etapa viciada que afecte o dañe sus intereses y en consecuencia los de la entidad pública licitante.

La impugnabilidad de los actos o etapas administrativas del procedimiento licitatorio previo a la formalización contractual, constituye una instancia preventiva de malos contratos o contratos viciados que sean lesivos tanto para los particulares como para la Administración Pública, estableciéndose la potestad jurídica de poder subsanar los vicios que pudieran generarse en la etapa pre-contractual y de esta manera, propiciar las condiciones materiales y formales para lograr un contrato administrativo de conformidad a derecho.

Por otra parte, las irregularidades o vicios que afectan al contrato también pueden darse a partir del momento de la celebración de éste y pueden generar su invalidez, aún cuando el procedimiento administrativo que lo antecedió se haya desarrollado legalmente.

Al recapitular estas consideraciones podemos sostener, que las irregularidades pre-contractuales afectan el procedimiento tendiente a la contratación y a los actos administrativos que lo integran, en cambio, las irregularidades en la celebración del contrato afectan al propio contrato, estas circunstancias pueden dar lugar a las siguientes modalidades:

- Vicios en el procedimiento pre-contractual que son descubiertos y subsanados a tiempo, que no afectan la contratación.
- Vicios en el procedimiento pre-contractual que afectan la contratación y ésta puede verse afectada por causas de nulidad, nulidad "ab initio" o inexistencia, y
- Vicios que pueden nacer una vez agotado el procedimiento pre-contractual.

Todas estas modalidades serán analizadas en el punto subsiguiente, desde la naturaleza jurídica del hecho irregular, así como sus posibles consecuencias formales. Por el momento procederemos a describir algunas de las principales irregularidades que suelen presentarse en el procedimiento licitatorio, lo que constituirá el antecedente de un tema fundamental en el desarrollo de este trabajo, que es el relativo a los medios de impugnación que tienen los oferentes para atacar la fase o acto viciado y promover la reposición de éste.

Sin ser limitativos, estas son:

1. Durante la Convocatoria.

- La publicación de la convocatoria no se hace en los medios a que se refiere la Ley.
- Costo excesivo de las bases de licitación.
- Requisito de monto exagerado de capital contable.
- Descripción inadecuada de los bienes, servicios u obras que sean objeto de la licitación.
- Establecimiento de plazos inferiores a los previstos en la Ley para la presentación y apertura de proposiciones.
- Que las modificaciones a la convocatoria no se hagan a través de los mismos medios utilizados para su publicación.
- No señalar los criterios generales a emplearse para decidir la adjudicación del contrato.

2. Durante las Bases.

- Negativa de la convocante para autorizar la revisión, por parte del interesado, de las bases de licitación previamente a efectuar el pago de las mismas.
- La negativa de venta de las bases de licitación.
- No señalar clara y detalladamente los criterios a emplearse para la adjudicación del contrato.
- Especificaciones que concluyan en marca determinada, sin la debida justificación.
- Plazo reducido para iniciar la prestación de los servicios o la entrega de los bienes.

- **Modificaciones que constituyen sustitución o variación sustancial de los bienes o servicios que fueron convocados originalmente, o bien la adición de otros distintos.**
- **La utilización de mecanismos de puntos o porcentajes para la evaluación de las propuestas.**
- **No señalar el lugar, fecha u hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, en el caso de obras.**
- **En su caso, la falta de información específica sobre las partes de la obra que podrían subcontratarse.**
- **Plazo reducido para la ejecución de los trabajos.**

3. *Durante la Junta de Aclaraciones.*

- **Que las modificaciones se hagan en la junta de aclaraciones, no se comuniquen a todas las personas que compraron las bases, en los términos de ley.**
- **En materia de obras que la junta tenga verificativo en lugar, fecha u hora distintos de los previstos originalmente, sin el oportuno aviso.**

4. *Durante la Visita al Sitio de los Trabajos.*

- **El incumplimiento de los plazos establecidos en la Ley para efectuar la visita al sitio en que habrán de realizarse los trabajos.**

5. Durante el Acto de Apertura.

- Que el acto de presentación y apertura de proposiciones, se realice en lugar, fecha u hora distintos a los señalados al efecto, sin que medie aviso alguno, en los términos de ley.
- La aceptación de garantía que no corresponda al monto o forma solicitado.
- Aceptación de ofertas de bienes extranjeros cuando se trate de licitación nacional.
- La autorización de la convocante para que se corrijan o modifiquen las propuestas.
- El hecho de no permitir a los proveedores firmar las ofertas de sus competidores.
- La negativa de entregar a los participantes copia del acta relativa al acto de presentación y apertura de proposiciones, en cualquiera de sus dos etapas.
- Cualquier desechamiento injustificado de propuestas.
- La aceptación de ofertas técnicas o económicas sin que contengan la documentación requerida en las bases.

6. Durante el Fallo.

- El diferimiento del fallo por más de 20 días naturales en el caso de adquisiciones y de 40 en los de obras, *contados a partir del plazo establecido originalmente.*
- Que el contenido del acta del fallo no reúna los requisitos mínimos establecidos por la normatividad.

- Que para la emisión del fallo se hayan considerado condiciones distintas a las contenidas en las bases de la licitación o en las propuestas presentadas por los oferentes.
- La falta de comunicación escrita a los oferentes en las que se les informe las causas por las cuales su propuesta no fue elegida.
- La decisión injustificada de declarar desierta la licitación.
- La negativa de la convocante a entregar el acta de fallo a los licitantes.
- Cualquier desechamiento injustificado de propuestas.

7. *En las Garantías de Cumplimiento.*

- Monto elevado de las garantías y forma de constituir las.

8. *En los Anticipos.*

- Atraso en la fecha de entrega.
- Reducción en los porcentajes de anticipos en relación con lo consignado en la convocatoria y en las bases.

9. *Durante la Contratación.*

- Atraso en la firma del contrato por parte de la convocante.
- Cambios sustanciales en los bienes o de los servicios contratados con respecto a los mencionados en la convocatoria y en las bases.

- Tratándose de obras diferencia con el modelo de contrato de la convocante contenido en las bases.

10. Durante el Inicio de los Trabajos en Obras.

- Falta de la disponibilidad del inmueble donde habrán de realizarse los trabajos.
- Negativa de prórroga, en igual plazo, de la fecha originalmente pactada para la terminación de los trabajos por falta de entrega de anticipos o disponibilidad del inmueble.

11. En la Estimación (en el caso de Obras).

- Pago en fecha posterior a la establecida.
- Negativa de aprobación por la residencia de supervisión de la contratante.
- Negativa de la contratante de pagar gastos financieros, en su caso.

12. En las Penas Convencionales.

- Aplicación injustificada.

13. En el Ajuste de Precios o Costos.

- Determinación infundada de improcedencia.

- Retraso en el pago.

14. En los Convenios (en el caso de Obras).

- La falta de celebración previa de los convenios modificatorios por plazo y/o monto.

15. Durante la Terminación Anticipada de Contrato (Obras).

- La falta de pago de los trabajos ejecutados, así como de los gastos no recuperables.

16. En la Suspensión o Rescisión.

- Determinación injustificada.
- No otorgamiento de finiquito dentro del plazo establecido por la Ley.
- Negativa de pago de gastos no recuperables.

17. Terminación de los Trabajos de Obras.

- La falta de recepción de los trabajos dentro del plazo establecido en el contrato.

18. En el Finiquito.

- El no llevar a cabo el finiquito de un contrato en los términos de Ley.

La descripción de estas irregularidades se insiste, no es limitativa, es ejemplificativa de aquéllas que con más frecuencia suelen presentarse en el procedimiento licitatorio y a partir de la celebración del contrato, éstas conculcan los intereses de la Administración Pública y también los derechos de los particulares participantes en un concurso.

La legislación vigente en atención a la situación jurídica del oferente establece mecanismos de protección de los derechos materiales del particular, mediante acciones procesales administrativas o por la vía judicial ordinaria, los que al ser ejercitados tiene como finalidad inmediata preservar dichos derechos materiales pero al hacerlo, también indirectamente protegen los derechos de la Administración Pública, pues la hipótesis fundamental reside en que un procedimiento licitatorio apegado estrictamente a la normatividad aplicable satisface los intereses públicos y los privados.

B) EL REGIMEN DE NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

La existencia de vicios o irregularidades en el procedimiento licitatorio, plantea la problemática de cómo pueden ser subsanados para que dicho procedimiento sea reencausado de conformidad con las normas aplicables.

El artículo 134 de la Constitución Política establece la licitación pública como principio y regla general en las adquisiciones de bienes y servicios y en la contratación de obra pública que realicen el Gobierno Federal y el del Distrito Federal, con la finalidad de que por medio de aquella se asegure al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, el cumplimiento de éstas condiciones acredita los principios constitucionales de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez.

Los vicios que afectan al procedimiento de licitación pública en cualquiera de sus dos grandes etapas: la pre-contractual y la contractual propiamente dicha, vulneran dichos principios que rigen y definen a la licitación pública, como institución que opera como regla general de protección constitucional a los contratos administrativos que las entidades públicas celebren en materia de adquisición de bienes y servicios y obras públicas.

Por ello, tales vicios generan consecuencias jurídicas determinadas, según sea la naturaleza del hecho reputado irregular, o del momento en que este se produce, convergiendo la voluntad del particular, atenta a su interés personal, por atacar y promover la enmienda del acto irregular o viciado

El artículo 15 de la Ley de Adquisiciones, en el último párrafo expresa, que "Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen

en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente". Idéntica prescripción realiza el numeral 15 de la Ley de Obras Públicas.

La aseveración literal de este texto legal, exige que analicemos el régimen de nulidades que del mismo se deriva, y para ubicar nuestra temática específica, primero haremos referencia a ciertos aspectos doctrinarios con relación a la teoría de las nulidades.

Don Eduardo Pallares, señala que "El acto nulo es aquél que, por carecer de alguno o algunos de los requisitos que la Ley exige para su constitución o por no existir su presupuesto legal, no produce los efectos jurídicos que debiera producir o sólo los produce provisionalmente"⁸¹, en la doctrina clásica civilista permea la idea generalizada que la nulidad no debe confundirse con la ineficacia, mientras la primera es algo intrínseco al mismo acto, la segunda es una consecuencia derivada de su constitución viciosa.

La diferencia entre nulidad y eficacia en el contexto de la doctrina clásica, esta íntimamente relacionada con la concepción insnaturalista del acto jurídico que lo concibe como un fenómeno del esencialismo filosófico, que conduce a sostener que los actos nulos producen provisionalmente efectos jurídicos, es decir, son eficaces, no obstante no ser actos válidos.

Sin embargo, ésta última aseveración no resulta cierta, toda vez que se considera apriorísticamente al acto con la calidad de nulo, lo cual implica un contrasentido que el acto nulo o potencialmente nulo produzca efectos jurídicos y en consecuencia sea eficaz. El acto jurídico que se produjo con la omisión de algunos de los requisitos previstos por el orden legal para que sea

⁸¹ PALLARES, EDUARDO, op. Cit. Pág. 573

plenamente válido, lo es a pesar de esta circunstancia, y la producción de sus efectos legales no se circunscribe a una supuesta transitoriedad, la que puede darse o no, si es el caso de que se promueva la revocación de su validez, y si esta no acontece, entonces el acto a pesar de su deficiente constitución es completamente eficaz.

La doctrina moderna concibe la nulidad como una consecuencia que produce la violación legal y ve en ella una sanción y no una verdadera pena, Japiot dice: "La nulidad es una sanción. Sólo tiene por utilidad y por razón de ser, asegurar la observancia de la norma que sanciona, y si la deja de lado, reponer lo mejor posible esta violación preservando contra las consecuencias de ésta los intereses que la norma esta destinada a proteger"⁸², por su parte Gelsi Bidart, que ha escrito una bien documentada monografía sobre los actos nulos procesales formula la siguiente definición: "La nulidad procesal es el estado de inexistencia (no ser, la nada jurídica) de un acto procesal; provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura (vicios o defectos de sus requisitos internos) o en sus antecedentes o circunstancias externas procesales, que se traduce por la ineficacia para producir su o sus efectos propios y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad), o al principio sólo, en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que la constituye (anulabilidad), según sea la gravedad de aquél apartamiento"⁸³.

Don Emilio Fernández Vázquez, refiere que el régimen de nulidades del acto administrativo "debe concretarse en un sistema general de invalidez o teoría de la nulidad del acto administrativo, que aún esta por elaborarse. Es que este tema de las irregularidades de los actos administrativos constituye uno de los

⁸² PALLARES, EDUARDO, op. Cit. Pág. 575 y sigs.

⁸³ PALLARES, EDUARDO, op. Cit. Pág. 573 y sigs.

capítulos que mayores dificultades ofrece dentro del Derecho Público⁸⁴, teóricamente los vicios de los actos del Derecho Administrativo guardan mucha relación con la teoría de la nulidad de los actos jurídicos en el Derecho Civil, no obstante la reflexión de Emilio Fernández Vázquez, consideramos que no existen elementos materiales y metodológicos para sostener la necesidad de elaborar una teoría general de la nulidad del acto administrativo distinto a las nulidades civiles, a pesar de la acentuada diferencia que existe entre los actos administrativos nulos y los actos nulos del Derecho Civil, creemos que el problema analítico no puede ubicarse en el parcelamiento u acotamiento de una porción de la teoría jurídica que se segregue según la naturaleza de la materia, en todo caso, el estudio de la nulidad como concepto jurídico fundamental debe colocarse en la teoría general del derecho, y las diferencias de matiz que pueden predicarse con relación a los actos administrativos nulos o a los de naturaleza civil, corresponden al tipo de discurso descriptivo empleado por la Ciencia Jurídica de acuerdo al desarrollo y amplitud que el régimen de las nulidades ha tenido en los distintos campos legislativos.

La doctrina civil en términos generales establece una primigenia clasificación entre "nulidad absoluta"; "nulidad relativa" e "inexistencia", la nulidad absoluta se produce cuando se contraviene el orden público, en tanto que la nulidad relativa tiene lugar cuando hay que proteger intereses particulares.

En el campo del Derecho Privado, la teoría de las nulidades se centra en la acción del particular, en el objeto del acto, en su contenido material y en el aspecto formal, para saber si reúne los requisitos materiales y formales para producir efectos legales. En el campo del Derecho Administrativo, la teoría de las nulidades es mucho más amplia y compleja, toda vez que la voluntad del

⁸⁴ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, op. Cit. Pág. 519

agente público no manifiesta su libre voluntad individual ella es un medio en el que se exterioriza la voluntad pública de la entidad gubernamental y se da en el contexto de perseguir una finalidad o interés público, es por ello que "la libertad de querer de la Administración corresponde a su poder discrecional. Se explica por consiguiente, y se comprende que mientras en el Derecho Privado los vicios de voluntad del declarante - dolo, fraude, simulación, etc.- pueden ser sancionados por prescripción y por confirmación, las decisiones administrativas con tales defectos no lo sean por lo común"⁸⁵.

En esta etapa del desarrollo analítico hemos referido tres conceptos básicos: nulidad absoluta, nulidad relativa e inexistencia, la diferencia entre las dos primeras es de grado, la segunda se distingue de la primera, sólo por su calida de anulabilidad.

"La nulidad absoluta se origina con el nacimiento del acto cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, esto es, una ley de orden público"⁸⁶.

Galindo Garfias, al referirse a éste tema, considera que "la nulidad de pleno derecho, es la obra directa del legislador y por lo tanto no es necesario ejercer una acción de nulidad ante los tribunales, para que el acto sea privado de los efectos que produciría, si no estuviera afectado de tal nulidad. La nulidad es inmediata, ataca el acto desde su raíz, desde el momento en que se forma; por eso mismo, no puede producir los efectos que las partes pretenden alcanzar con él"⁸⁷.

⁸⁵ FERNANDEZ VAQUEZ, EMILIO, op. cit. Págs. 520

⁸⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, Cajica, S.A. Décimo Quinto, Ed. Pue.Mex. 1998, Pág.

134

⁸⁷ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A., Méx. 1997, Pág. 251

La nulidad relativa "nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida a favor de personas determinadas"⁸⁸, en esta modalidad de la nulidad, es en la que generalmente la doctrina reconoce que el acto viciado puede producir transitoriamente sus efectos jurídicos, hasta en tanto no se dicte la decisión judicial que lo declare nulo y que destruya retroactivamente sus efectos legales.

Por lo que respecta a la inexistencia Baudry-Lacantinerie reconoce "varios grados de invalidez por lo que los actos jurídicos pueden ser inexistentes o nulos"⁸⁹, y al referirse expresamente a los actos de la primera categoría afirma que "el acto inexistente, es nulo de nulidad radical, es aquel que no se ha podido formar por carecer de un elemento fundamental, algo que, por así decirlo, es de definición. Tal acto carece de existencia a los ojos de la ley; es una apariencia sin realidad. La ley no se ocupa de él porque no tiene por qué organizar la teoría de la nada. El buen sentido basta para indicar que el acto no podrá producir ningún efecto.

En nuestra doctrina nacional Gutiérrez y González, afirma que "un acto inexistente es cuando le falta un elemento esencial, en ausencia del cual es lógicamente imposible concebir su existencia jurídica". . "el acto inexistente se confunde con la nada y el Derecho no tiene por qué ocuparse de él, toda vez que ocuparse de él, sería elaborar la teoría de la nada"⁹⁰.

Con respecto a este concepto en extremo paradójico, Planiol dice que "el lenguaje se ha complicado aún más por la introducción de un término nuevo, el acto inexistente, aplicado a los actos que no producen ningún efecto aún

⁸⁸ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, op. cit. Pág. 134

⁸⁹ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, op. cit. Págs. 253

⁹⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, op. cit. Pág. 133

antes de que se declare su nulidad. Este término, que parece provenir de la obra alemana de Zachariae, ha sido puesto de moda sobre todo por Demolombe y Laurent⁹¹.

Si bien no puede confundirse lo "nulo" con lo "inexistente", puesto que en el primer caso, sin importar su modalidad en absoluta o relativa significa que es ineficaz y que ésta circunstancia se deriva de la existencia que tuvo el acto imperfecto: en el segundo llanamente significa que "no es".

Los actos jurídicos nulos, son los que han sido formados o creados con vicio insanable, habiendo entrado en el mundo jurídico con defectos gravísimos. Su invalidez es el producto de no ser susceptible de ratificación; cualquier interesado puede alegar y hacer que se declare su nulidad. El acto jurídico nulo es un acto deficitario, pero al fin y al cabo, es un acto jurídico.

Para Georges Lutzesco en su obra Teoría y Práctica de las Nulidades, al analizar al acto inexistente llega a admitir que "el acto inexistente produce cuando menos un efecto jurídico: el de vincular a las partes por las situaciones de hecho que nazcan de su ejecución voluntaria"⁹².

Sin embargo, Lutzesco va más allá de esta afirmación y sostiene que "la teoría de la nada va a sufrir un quebranto aún más grave, si se considera que el acto inexistente no opera de pleno derecho y es necesaria la intervención judicial, entonces ¿Por qué recurrir a la intervención del juez si el acto carece de validez desde su mismo nacimiento?"⁹³

⁹¹ GALINDO GAFIAS, IGNACIO, Op. Cit, Pág. 254.

⁹² LUTZESCO, GEORGES, Teoría y Practica de las Nulidades, Editorial Porrúa, Traduc de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda. Octava Edición, México 1994, Pág. 230

⁹³ LUTZESCO, GEORGE, op. cit. Pág. 230

La doctrina clásica o tradicional pretende resolver tal paradoja al indicar que la intervención judicial tratándose de actos inexistentes se reduce a emitir una "declaración de inexistencia". "Por ejemplo, si el comprador ha pagado el precio de una venta inexistente y el vendedor rehusa cumplir su obligación, el juez no anulará una venta que no existe – nos dice – Barde -, sino constatará la inexistencia y ordenará la restitución del precio indebidamente pagado"⁹⁴.

Debemos señalar, que la pretendida diferencia de la intervención judicial tratándose de los actos inexistentes y los nulos de pleno derecho, obedece más a ciertos juegos del lenguaje natural o común que a cuestiones sustantivas de carácter terminológico, se dice que en el caso de un acto inexistente el juez no hará más que "constatar" la ruptura del vínculo obligacional, en tanto que tratándose de nulidad absoluta deberá "resolver", por lo que debemos preguntarnos si realmente puede distinguirse de una manera racional y objetiva donde comienza la competencia del juez de "constatar" y donde la de "resolver".

Sobre este aspecto Cohendry expresa, que "en una época en la que la inexistencia estaba todavía en pleno apogeo, que respecto a este punto de vista no puede establecerse diferencia alguna entre la inexistencia y la nulidad absoluta: en uno y otro casos, el papel del juez es idéntico"⁹⁵.

Por lo hasta aquí analizado, habremos de hacer mención al marco teórico de referencia en el que fijaremos nuestra posición con relación a la trilogía conceptual: nulidad absoluta, nulidad relativa e inexistencia. "Dos teorías jurídicas importantes, la teoría de los imperativos (Imperativtheorie) y la teoría

⁹⁴ LUTZESCO, GEORGE, op. cit. pág. 230 y sigs.

⁹⁵ COHENDRY, Distinción entre la inexistencia y la nulidad absoluta, Rev. Trimestral Derecho Público, 1914, pag. 39 Nota 122

pura del derecho (Reine Rechtslehre), que intentaron aclarar el funcionamiento del todo el sistema jurídico, arribaron al resultado práctico de que el "injusto" (das Unrecht), esto es el hecho humano que viola la norma, es el tema central del derecho; con otras palabras más adecuadas, de que todas las reglas jurídicas propiamente dichas (normas) se dejan reducir a, o formular como, prohibiciones y mandatos, o, lo que es lo mismo, establecen siempre deberes u obligaciones Stricto Sensu⁹⁶.

De ello se deriva que la construcción de una teoría de las nulidades esta íntimamente ligada a la determinación del concepto de norma que se tenga, y aún cuando esto podría resultar agobiante dado la gran diversidad de significados que esta puede tener, aquí nos bastará con presentar y discutir estas dos teorías y sus resultados, específicamente la teoría pura del derecho, porque representa un modelo explicativo más completo.

La teoría de los imperativos puede explicarse brevemente a partir de un esquema básico centrado en su concepción "monista" del sistema jurídico, este monismo se edifica alrededor de la argumentación lógico sistemática de que la reconstrucción de la estructura de la norma jurídica tiene en su base la sanción o porque aún prescindiendo de la sanción, desde el punto de vista de su contenido ella tiene el significado de una orden, el carácter de un imperativo. Así, la teoría de los imperativos arriba a ese resultado, afirmando que todas las reglas jurídicas no formuladas imperativamente –o en forma de similar naturaleza- sólo cobran significado en conexión con imperativos- con mandatos y prohibiciones.

⁹⁶ MAIER, JULIO B. T LA Función Normativa de la Nulidad, Ediciones De palma S.A. Buenos Aires 1980, Pág.1

Al respecto Julio B. J. Maier, al estudiar la naturaleza del sistema jurídico a la luz de la teoría de los imperativos refiere que ésta es "una suma de reglas fundantes de un deber, es decir, obligantes, que contienen la mayoría de las veces las condiciones para el ejercicio del poder de coacción estatal (teoría pura). Todas las reglas jurídicas que no concuerdan con ese esquema son simplemente reducidas a él diciendo: ellas conforman una descripción más fina del tipo de una norma de deber, son así, partes componentes de una norma, miembros secundarios o dependientes de aquéllas"⁹⁷.

Para Hans Kelsen las normas potestativas se reducen a esa clase de normas jurídicas secundarias, por su especial concepción del derecho como el orden coactivo de la conducta humana, por ello, para el autor de la Teoría Pura el Derecho, no puede haber algo como la nulidad; una norma jurídica perteneciente al orden jurídico no puede ser nula, sino solo anulable. Más esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados. Por lo común, una norma jurídica solo es suprimida con efecto para el futuro, de suerte que los efectos jurídicos ya producidos bajo ella permanecen intocados. Pero puede ser suprimido con efecto retroactivo al pasado de suerte que todos los efectos jurídicos producidos bajo ella son anulados.

Para Hans Kelsen es incorrecto decir que por medio de una sentencia el Juez suprime un acto viciado con una "declaración de nulidad", cuando el órgano que anula el acto declara al mismo como "nula ab initio" su función normativa no es la de constatar la nulidad, sino la de constituirla. Para este autor "la sentencia no tiene un mero carácter declarativo sino uno constitutivo. El sentido del acto por el cual se anula una norma, es decir, se le priva de

⁹⁷ MAIER, JULIO B.J., op. cit. Pág. 113 y sigs.

validez, es, al igual que el sentido del acto por el cual se produce una norma.⁹⁸

Esta aseveración resulta demoledora para la doctrina tradicional decimonónica de las nulidades. Es posible que existan percepciones distintas con relación a una norma o a un acto jurídico, para alguien una norma puede ser nula y para otra persona no, éstas percepciones son subjetivas, y ellas no afectan la validez de la norma o el acto, es necesaria la intervención del órgano jurídico competente para que lo declare nulo, pero la función de la decisión judicial no es declarativa, sino constitutiva.

“La norma cuestionada no es nula desde el comienzo. La decisión de que es nula, la anula con efecto retroactivo...” “cabe excluir que algún individuo considere “nulo” algo que subjetivamente se representa como norma jurídica. Pero ese individuo sólo podría actuar así a su propio riesgo, es decir, corriendo el riesgo de que aquello que estima nulo sea declarado norma jurídica válida por el órgano correspondiente, y, en consecuencia, que se ordene la ejecución de la sanción estatuida en esa norma jurídica”⁹⁹

Por las consideraciones anteriores podemos concluir que una característica de toda norma o acto jurídico es la anulabilidad, que en tanto no se dé la intervención judicial para constituir la nulidad de aquéllas, la norma o el acto jurídico con defectos en su constitución, son plenamente válidos. La función normativa de la nulidad no se reduce a la mera constatación por parte del órgano judicial de la nulidad de un acto, como si aquélla fuese una especie de esencia de éste, el Juez revoca la validez del acto jurídico y destruye sus

⁹⁸ KELSEN, HANS, Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Traducción de Roberto I. Vernengo, México 1997, Pág. 283

⁹⁹ KELSEN, HANS, op. cit. Pág. 283

efectos a futuro o de manera retroactiva hasta el punto de su creación, y esta función es eminentemente constitutiva.

De esta manera, dentro del marco de la teoría de los imperativos y de la Teoría Pura del derecho, la nulidad "ab initio", absoluta o de pleno derecho, al igual que la nulidad relativa, son sólo grados de la anulabilidad. En tanto que la inexistencia, sólo puede reputarse como tal al acto no producido, por lo que sería absurdo su tratamiento, pero aquéllos "actos inexistentes" de acuerdo con la doctrina clásica que requiriesen de intervención judicial para su declaración, serían una especie de los supuestos de nulidad absoluta y en consecuencia participarían de igual forma del atributo de la anulabilidad.

Por todo lo expuesto, consideramos que la expresión literal de los últimos párrafos de ambos artículos 15 de la Ley de Adquisiciones y de la de Obras Públicas, al establecer que "los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente", corresponde desde el punto de vista gramatical y de su contenido semántico, al tipo de prescripciones que tienen un fuerte impacto emotivo, sin embargo, el acto viciado en el procedimiento licitatorio o el contrato irregular o defectuoso serán nulos, no por la mera prescripción literal de la ley, la revocación de su validez no se dará de manera automática, requerirá de la intervención judicial para que se revoque su validez.

C) EFECTOS DE LAS NULIDADES.

En este Capítulo hemos descrito algunos de los principales vicios que pueden presentarse en el procedimiento licitatorio, en las dos grandes etapas que lo integran: la fase pre-contractual y la contractual propiamente dicha. También en el inciso precedente se estableció el marco teórico que para el análisis de este tema hemos adoptado con relación al régimen de las nulidades. Ahora en este punto estudiaremos los distintos efectos que la promoción de la nulidad de un acto viciado puede generar, según el momento en que éste se produce.

Los vicios en la contratación administrativa pueden ser considerados desde los siguientes puntos de vista:

- Previos a la adjudicación.
- En la adjudicación.
- Posteriores a la adjudicación y previos a la ejecución, y
- En la ejecución del contrato.

En los tres primeros casos son vicios pre-contractuales, en el último, en cambio, son contractuales.

En la etapa pre-contractual el objeto de la licitación pública "debe ser lícito, determinado, cierto, ético y razonable. La ausencia de cualquiera de estos atributos afecta la validez del mismo por vicio en su objeto"¹⁰⁰

Es ilícita la licitación pública si su objeto se encuentra prohibido por una norma positiva.

¹⁰⁰ MARIENHOFF, MIGUEL, S. op. cit. Pág. 371

Es indeterminado si en el pliego de condiciones o bases no se fijan las especificaciones técnicas generales ni particulares.

Es incierto si el objeto “es oscuro e imposible de hecho que afecta de modo esencial a partes del acto”¹⁰¹

Es irrazonable, si resulta inviable, exageradamente costoso u absurdo.

Por último, es inmoral si no tiene como propósito beneficiar al interés público directo o indirectamente.

Sin embargo, aún la existencia de estos atributos en el objeto de la licitación pública, puede dar lugar a irregularidades o vicios en cualquiera de los actos administrativos que conforman el procedimiento respectivo y éstos a pesar de su constitución defectuosa, si no son impugnados, correrán validamente hasta llegar a la celebración del contrato administrativo.

Por ejemplo, si la publicación de la convocatoria no se hizo en los medios a que se refiere la ley, o el costo de las bases de la licitación es excesivo, pero ninguno de los oferentes recurre ante la autoridad competente para inconformarse y promover la anulación del acto lesivo a los intereses particulares y violatorio de la Ley, la licitación pública, aún con estos defectos, arribará a la ejecución de un contrato plenamente válido.

Todos los actos integradores de la licitación pública son anulables si no se realizan conforme a la normatividad aplicable, pero es necesario que el particular promueva su anulación ante la autoridad administrativa respectiva, la

¹⁰¹ CRETELLA JUNIOR, JOSE, op. Cit. Pág. 153

"Antes de hacer efectivo el llamado a la concurrencia se requiere contar con un crédito presupuestario que permita la imputación que demandará la ejecución contractual"¹⁰². La falta de crédito legal o autorización presupuestaria cuando el ordenamiento expresamente lo requiere, no provoca la nulidad de los actos preparatorios ni del contrato si eventualmente se adjudica el fallo, pero genera responsabilidad administrativa de los servidores públicos que intervinieron.

2. Incapacidad del adjudicatario.- La incapacidad del oferente vicia el acto jurídico de oferta y si éste incide en la voluntad administrativa y se produce el acuerdo de voluntades previo a la celebración del contrato o en el contrato mismo provoca nulidad en ambos casos.

3. Conflicto de intereses.- El artículo 50 de la Ley de Adquisiciones fracción I y el artículo 51 fracción I de la Ley de Obras Públicas también en su fracción I señalan que: "Las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o celebrar contrato alguno en las materias a que se refiera esta Ley, con las personas físicas o morales siguientes:.. I. Aquéllas en que el servidor público que intervenga en cualquier forma en la adjudicación del contrato tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellas de las que puede resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas forman o hayan formado parte".

La participación del oferente si se actualiza cualquiera de los supuestos antes descritos o la contratación con una persona física o moral con la que se

¹⁰² FIORINI Y MATA, op. Cit. Pág. 166

configura el conflicto de intereses produce nulidad y puede ser promovida por algún particular competidor u oficiosamente por autoridad fiscalizadora, y esto con plena independencia de la responsabilidad penal o administrativa se pudiere configurar.

4. Oferentes inhabilitados.- Los mismos numerales de la legislación de la materia, en la parte final de sus respectivas fracciones II, establecen el impedimento para que participen como oferentes o se contrate con las personas inhabilitadas para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público como resultado de la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En este caso, si la irregularidad se da en el procedimiento licitatorio antes del contrato la participación del oferente puede ser atacada por los particulares competidores y anulada su propuesta. Pero si se llega a consumir el contrato, se admiten dos previsiones: Sí el proponente engaño a la autoridad convocante ocultando información sobre esta situación, el contrato puede ser anulado, pero si la autoridad tuvo conocimiento de éste y no hizo lo necesario para garantizar el cumplimiento de esta obligación, puede generar además responsabilidad para los agentes contratantes.

5. Proveedores y contratistas incumplidos.- No se deberán recibir ofertas, ni celebrarse contratos con proponentes que hubiesen incumplido sus obligaciones contractuales en otros eventos y por los que hubiesen sido perjudicados gravemente la dependencia o entidad convocante.

El artículo 50 fracciones III, V de la Ley de Adquisiciones y el artículo 51 fracción III de la Ley de Obras Públicas regulan los supuestos de proveedores y contratistas incumplidos. Sin embargo, en caso de producirse una

contravención de este tipo, esto no daría lugar a la nulidad de los actos administrativos preparatorios o del contrato mismo, tan sólo se determinaría la responsabilidad de los agentes intervinientes. Dicho efecto se explica por la eventualidad que el proveedor o contratista pudiera estar cumpliendo cabalmente con sus obligaciones a pesar de sus antecedentes negativos.

6. Omisión del Procedimiento Licitatorio y Contratación Indebida.- Cuando la ley exige como procedimiento administrativo de contratación la "licitación pública" no se puede prescindir de ella y contratar directamente o por invitación restringida (licitación privada). La nulidad es la consecuencia jurídica obligada de la contratación directa o de la licitación privada.

Al referirse Marienhoff a este caso, confirma el criterio apuntado al sostener que "el incumplimiento del requisito formal de la licitación pública no es intrascendente, y produce nulidad contractual"¹⁰³.

Para este autor, el incumplimiento del procedimiento de licitación pública motiva un vicio de forma, no de competencia como sostienen Jeze; Greca; Bercaitz; Cretella; Junior y otros tratadistas, ni de tipo objetivo en la preparación de la voluntad.¹⁰⁴

7. Cesión de los derechos del Adjudicatario.- La cesión de los derechos del adjudicatario significaría una grave lesión a los intereses públicos y una burla a los derechos de los demás oferentes.

¹⁰³ MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit. T. III-A Págs. 155, 158, 160, 195 y 268-270

¹⁰⁴ DROMI, JOSE ROBERTO op. cit. Págs. 477 y sígs.

El carácter personal de las obligaciones y derechos emergentes de la adjudicación impiden a un adjudicatario cederlos, si dicha cesión no esta previamente considerada y regulada en el pliego de condiciones o bases.

Vicios pre-contractuales o del procedimiento licitatorio invocados por el licitante durante o después de la ejecución del contrato.- En este supuesto no nos encontramos ante un acto unilateral, sino ante una relación jurídica bilateral, con reglas y principios de interpretación propios en cuanto al sistema de nulidades, efectos y saneamientos, que deben ser considerados desde el prisma específico del régimen contractual.

Por ello, no sólo se admite la posibilidad de que los particulares oferentes puedan impugnar un acto administrativo o contrato viciado, igual derecho le asiste a la dependencia y entidad convocante. En unos casos el saneamiento podrá realizarse de manera oficiosa y como resultado de la actividad de auto control que le corresponde a cualquier entidad pública y en otros la irregularidad deberá deducirse ante la autoridad administrativa o jurisdiccional. Por todo lo expuesto, se apunta que no son idénticas las consecuencias de la nulidad de un acto y las de un contrato administrativo. En el primer caso, las cosas pueden retrotraerse a su estado anterior; en el segundo, máxime si las prestaciones han sido cumplidas y el objeto del contrato se halla agotado o en vías de agotarse por su cumplimiento, la anulación retroactiva es materialmente imposible.

En este caso Dromi refiere que si "cumplida la prestación objeto del contrato por el contratista, éste tiene derecho a percibir el precio, pues, de lo contrario

el licitante se vería injustamente beneficiado con los efectos de la nulidad que el mismo provocó”¹⁰⁵

Por lo tanto, se puede concluir que los vicios pre-contractuales invocados por los entes públicos contratantes durante y después de la ejecución del contrato, no importan la exención de su responsabilidad extra o cuasicontractual.

Un último aspecto que hay que considerar con relación a los efectos a que puede dar lugar la nulidad de un contrato reside en las siguientes hipótesis.

- Puede darse el caso de que existan vicios en la licitación pública y en el contrato administrativo y sean descubiertos previamente a su ejecución, lo cual plantearía la posibilidad de promover su anulación.
- El caso de que el contrato viciado hubiese sido cabalmente ejecutado, lo cual haría que materialmente la promoción de la nulidad fuese inoperante.
- El supuesto de que el contrato estuviese viciado y al mismo tiempo se hubiese producido incumplimiento contractual imputable al proveedor o contratista por lo que no sería viable la rescisión administrativa, sino la promoción de la anulación del contrato.

Aún en la situación de que el contrato viciado fuese económicamente favorable a la entidad pública, éste tendría que anularse, pues no puede considerarse como aceptable un beneficio económico al margen de la *cumplimentación de las formalidades legales inherentes al procedimiento de contratación*, el interés público está por encima de cualquier accidente o evento circunstancial que violando las normas eventualmente pudiese generar

¹⁰⁵ DROMI, JOSE ROBERTO, Op. Cit. Pág. 504.

resultados favorables a la Administración Pública, tal circunstancia no justificaría la contravención ni se constituiría en vía admisible de excepción.

V. OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES CONVOCANTES

A) *PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS OBLIGACIONES EN ESTA MATERIA*

Las entidades públicas en su calidad de convocantes tienen que cumplir con todas las obligaciones específicas prescritas por la legislación aplicable para realizar el procedimiento licitatorio y que la manifestación de la voluntad administrativa se exteriorice adecuadamente en el perfeccionamiento contractual.

La Administración Pública al participar como parte en los contratos pretende mediante ellos satisfacer necesidades públicas, ello genera una desigualdad jurídica para las partes y el vínculo que se establece se caracteriza por la "subordinación" jurídica del co-contratante, esto produce un efecto especialísimo que consiste en un régimen particular de control sobre la forma en que el co-contratante cumple las obligaciones a su cargo, pero también se realizan funciones de fiscalización o autocontrol para vigilar la legalidad de todo el procedimiento de licitación pública.

El particular co-contratante es en la mayoría de los contratos, un colaborador de la Administración Pública para la prestación de un servicio, o para la ejecución de una obra pública o de un suministro.

Bercaltz al analizar el régimen de control contractual expresa que "la Administración no puede desentenderse entonces con respecto a la forma en que su colaborador, a quien mueve únicamente un interés privado, cumple el servicio, ejecuta la obra o realiza el suministro. Ella delega en su colaborador

la ejecución del servicio, de la obra, etc., pero no se desliga, no se desvincula, ni del servicio, ni de la obra, ni del suministro".¹⁰⁶

La relación jurídica – vínculo nacido entre dos sujetos de derecho – que calificamos de "administrativa" es cuando una de las partes es una persona pública. Por tanto, la "relación jurídico-administrativa" supone obligadamente, como mínimo, dos "situaciones jurídicas" una para cada parte, es decir, una activa y otra pasiva, o bien de derecho y de deber. De acuerdo con Rafael Entrena Cuesta "estas situaciones jurídicas también las calificamos de administrativas" por los sujetos de la relación y porque un ente público será siempre titular activo de un derecho o pasivo de un deber jurídico".¹⁰⁷

De esta manera el pre-contrato de la Administración implica entonces una relación jurídico-administrativa, que en su especie catalogamos de pre-contractual y que consecuentemente, comprende también situaciones jurídico-administrativas pre-contractuales.

Tanto la relación jurídica pre-contractual como las situaciones jurídicas pre-contractuales, son especies de un género en el que están insertadas y del que dependen, por lo que el régimen de este último les es íntegramente aplicable.

Así pues, los particulares oferentes y los entes públicos licitantes son parte de una relación jurídico-administrativa nacida en virtud del vínculo emergente del llamado a licitación – que importa un pedido o demanda de ofertas y la formulación de propuestas de los participantes. Por lo que, ante el supuesto concreto de contravención a una situación jurídica tutelada por la Ley, deben considerarse las siguientes opciones:

¹⁰⁶ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit., Pág. 366

¹⁰⁷ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, Curso de Derecho Administrativo, 4ª. Ed. Tecnos, Madrid, 1974, Pág. 477.

"1) Individualizar la forma jurídica de la actividad administrativa lesiva (acto, hecho, simple acto, reglamento o contrato) a efectos de conocer perfectamente el procedimiento o la forma de impugnación... como también la eventual impugnación de los actos y hechos jurídicos privados.

2) Conocer su situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple) a efectos de precisar la intensidad de la protección que el derecho le brinda, pues, como se sabe el ordenamiento jurídico no tutela por igual a todas las situaciones subjetivas. En todos los casos la protección establecida por el orden jurídico varía según la situación jurídica de los administrados".¹⁰⁸

Con la exteriorización de la actividad estatal a través de sus diversas formas: acto, hecho, contrato administrativo, etc., se generan siempre de modo directo o indirecto (reflejo); consecuencias de tipo jurídico que traducen una "relación jurídica" existente entre la Administración (Estado) y los administrados (individuos)¹⁰⁹, que instituye recíprocamente derechos o prerrogativas y deberes u obligaciones para las partes intervinientes.

Para Entrena Cuesta "el deber de uno implica el derecho de otro y a la inversa. Por tanto, tenemos derechos y deberes de los administrados y derechos y deberes de la Administración, dada la correspondencia entre las situaciones en que se encuentran cada uno de ellos respectivamente"¹¹⁰

De lo expuesto resulta conveniente distinguir entre la situación jurídica y la relación jurídica. La primera es la ubicación o disposición jurídica de un sujeto

¹⁰⁸ DROMI, JOSE ROBERTO, Op. Cit., Pág. 511.

¹⁰⁹ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, Op. Cit., Pág. 480

¹¹⁰ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, Op. Cit., Pág. 468

de derecho, mientras que la segunda es la referencia que impone la situación a otro u otros sujetos terceros obligados a dar, hacer o no hacer. El objeto de la relación jurídico-administrativa son derechos y deberes que pueden consistir en hacer, tolerar y omitir.

En consecuencia, hay derechos subjetivos del Estado hacia los particulares y de éstos hacia aquél y puede también haberlos del Estado hacia otros entes públicos y de éstos hacia aquél o entre entes públicos.

De esta manera, desde el propio procedimiento de licitación pública se generan derechos y obligaciones tanto para los que acudieron al llamado a concurrir, como para la entidad convocante, ello impone a esta última que realice ciertas actividades tendientes a asegurar que la licitación pública y la ejecución del contrato se apeguen a la normatividad de la materia, esto favorecerá los intereses particular de los interesados en obtener un contrato administrativo, pero también el interés público al garantizar a la entidad pública las mejores condiciones de contratación.

Son varios los sistemas de fiscalización que se ejercitan sobre el procedimiento licitatorio, para vigilar la legalidad de la actuación estatal. Estos son: *el sistema de control contable, el legislativo, el administrativo y el judicial.*

1. Control Contable. Las erogaciones por concepto de adquisiciones de bienes y servicios y la contratación de obra pública deben estar previamente considerados en el presupuesto correspondiente, el que se rige por el principio de nulidad y sus excepciones por las que se pueden contraer obligaciones susceptibles de traducirse en compromisos sobre presupuesto a dictarse para ejercicios posteriores.

El artículo 13 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el tenor literal expresa que: "El gasto público federal se basará en presupuestos que se formularan con apoyo en programas que señalen objetivos, metas y unidades responsables de su ejecución. Los presupuestos se elaborarán para cada año calendario y se fundarán en costos"

Asimismo, el artículo 39 de la Ley antes señalada establece que cada entidad llevara su propia contabilidad, la cual incluirá las cuentas para registrar tanto los activos, pasivos, capital o patrimonio, ingresos, costos y gastos, como las asignaciones, compromisos y ejercicios correspondientes a los programas y partidas de su propio presupuesto. Por su parte el numeral 40 segundo párrafo prescribe que ... "Los sistemas de contabilidad deben diseñarse y operarse en forma que faciliten la fiscalización de los activos, pasivos, ingresos, costos, gastos, avances en la ejecución de los programas y en general de manera que permitan medir la eficacia y eficiencia del gasto público federal. " Por su lado, los artículos 25 de la Ley de Adquisiciones y 24 de la Ley de Obras Públicas, determinan que ... "las dependencias y entidades podrán convocar, adjudicar o llevar a cabo adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como obra pública, solamente cuando se cuente con la autorización global o específica por parte de la Secretaría del presupuesto de inversión y de gasto corriente, conforme a los cuales deberán programarse los pagos respectivos. En casos excepcionales y previa aprobación de la Secretaría, las dependencias y entidades podrán convocar sin contar con dicha autorización".

2. Control Legislativo. Comprende el propio control presupuestal, así como el procedimiento de las autorizaciones legislativas para contratar.

3. Control Administrativo. Esta fiscalización del procedimiento licitatorio es el que se practica ante la autoridad administrativa y se puede realizar de oficio o a instancia de particulares oferentes afectados en sus situaciones subjetivas.

El control administrativo de oficio, es la fiscalización realizada por la Administración en ejercicio de una auténtica función de autocontrol, la que para Marienhoff puede denominarse "control jerárquico, control administrativo stricto sensu, autorización, aprobación, avocación, revocación, visto bueno, intervención, sustitución del órgano, suspensión del acto, etc."¹¹¹ por éste se pueden extinguir, sustituir o modificar actos viciados, siempre que no se lesione la estabilidad de las situaciones particulares.

El artículo 68 de la Ley de Adquisiciones expresa que ... "La Contraloría, de oficio o en atención a las inconformidades a que se refiere el artículo 65, realizarán las investigaciones correspondientes dentro de un plazo que no excederá días naturales contados a partir de la fecha en que se inicien y resolverá lo conducente".

En este mismo sentido el artículo 86 de la Ley de Obras Públicas establece idéntica prescripción aplicable a su materia.

Además, del control administrativo de oficio, se incluye en este epígrafe el control administrativo por impulso particular, que se realiza a petición de parte, titular de una situación jurídica subjetiva, a través de los diversos medios administrativos de tutela e impugnación de actos, hechos u omisiones de un ente público en ejercicio de la función administrativa.

¹¹¹ MARIENHOFF, MIGUEL S., Op., Cit., pág. 602 y sigs.

4. Control Judicial. Este tipo de fiscalización es el que realizan los órganos jurisdiccionales, de la actividad estatal exteriorizada por actos, hechos, reglamentos o contratos. Este puede tener lugar por vía de proceso administrativo (conocido en la doctrina como contencioso-administrativo) o por vía de proceso civil (jurisdicción común).

De acuerdo con lo que se ha expuesto, podemos a manera de resumen, señalar que las entidades públicas convocantes de una licitación pública, tienen un conjunto de obligaciones de cuyo cumplimiento deriva el adecuado desarrollo del procedimiento licitatorio y su legalidad.

Las entidades públicas al hacer un llamado a los oferentes para que concurren a llevar sus propuestas, tienen que cumplir con obligaciones específicas cuyo reflejo se constituye en los derechos subjetivos correlativos de los particulares que pueden hacerse exigir en caso de afectación por la vía administrativa o por la judicial.

Pero también las entidades públicas tienen una competencia especial para vigilar oficiosamente que un procedimiento licitatorio se apegue estrictamente a derecho y no se den eventos irregulares que puedan constituir vicios que afecten cualquiera de las etapas que integran la licitación pública o eventualmente al contrato y su ejecución. Esta función es eminentemente de auto-control y tiene una finalidad preventiva: la licitación pública legal y legítima, favorecerá los intereses privados y públicos.

Esta competencia se incluye dentro de la modalidad del "control administrativo" que mencionamos con anterioridad, y también es un medio correctivo de irregularidades, si por obra del impulso de los particulares resulta procedente una inconformidad por verificarse que hubo un acto administrativo

viciado en el procedimiento licitatorio, ordenándose su anulación, enmienda o repetición, al agente público que realizó tal acto se le deriva también una consecuencia jurídica, que es la de exigirle responsabilidad.

De esta manera, el acto administrativo contrario a derecho, no solo plantea la posibilidad de su anulación, también la de exigirle responsabilidad al agente público autor de aquél. En el primer caso, la nulidad afecta el proceso de exteriorización de la voluntad administrativa encaminada a la celebración de un contrato, en el segundo, es el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración frente a sus agentes que no han cumplido debidamente con sus obligaciones funcionarias.

B) REGIMEN DE RESPONSABILIDADES

En estricto sentido la posibilidad de exigir y determinar responsabilidad a los agentes públicos que intervienen en un procedimiento licitatorio violando la normatividad, tiene además de su naturaleza punitiva, una pretensión preventiva, esto es lo que se conoce en la doctrina administrativa como potestad disciplinaria.

Además, correlativo al poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato, es la potestad de sanción que también posee, consecuencia de su superioridad jurídica frente al cocontratante en esa ejecución.

Esto se traduce en un verdadero poder disciplinario de parte de la Administración Pública y constituye otra expresión del estado de "subordinación" que crea el contrato administrativo para el cocontratante. Su

objeto primordial es actuar en forma compulsiva sobre éste para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones.

De esta manera, la potestad sancionadora de la Administración tiene dos vertientes: una que se endereza en contra del cocontratante en casos de incumplimiento de éste, y la otra, que se ejerce en contra de los servidores públicos que participaron en una licitación pública en contravención a las normas. A continuación se analizarán brevemente estas dos vertientes:

1. POTESTAD SANCIONADORA EN CONTRA DEL COCONTRATANTE.

Esta es una "particularidad del régimen sancionador del derecho administrativo, totalmente diferente del que existe en el campo del derecho privado, limitado principalmente en éste al establecimiento de cláusulas penales, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, y en algunas circunstancias, a la rescisión del contrato".¹¹²

Por otra parte, como lo esencial en el contrato administrativo no es castigar al cocontratante por sus faltas, sino asegurar la realización del servicio, de la obra, del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública comprometida, en las sanciones definitivas, caducidad o rescisión, no se lo elimina ni reemplaza como pena, "sino en cuanto su presencia es un obstáculo a la satisfacción del interés público".¹¹³

De acuerdo con la doctrina administrativa, por su propia naturaleza, la potestad sancionadora no exige para su aplicación que esté especialmente

¹¹² ESCOLA, HECTOR., Op., Cit., T.I., No. 91, pág. 407.

¹¹³ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit., pág. 416

pactada. Se hace efectiva en distintas formas que suelen clasificarse así: a) pecuniarias; b) coercitivas, c) rescisorias y d) impedimentos e inhabilitaciones temporales.

Las sanciones pecuniarias pueden dividirse en multas o en cláusulas penales, contractualmente establecidas con carácter fijo o dentro de una escala. En ausencia de ellas, cabe acudir a los daños y perjuicios.

“Las multas y la cláusula penal juegan especialmente en los contratos administrativos para los casos de mora en su ejecución por parte del cocontratante. Se aplican y hacen efectivas directamente por la Administración. Los daños y los perjuicios, en cambio, como exigen la determinación de su existencia y de su monto, corresponde que sean aplicadas y ejecutadas en sede judicial”.¹¹⁴

Las sanciones coercitivas o sustitutivas, consisten en el reemplazo provisorio del cocontratante en la ejecución del contrato para eliminar su inoperancia.

Las sanciones rescisorias, ponen fin al contrato declarando su caducidad o rescisión cuando su ejecución resulta imposible por el cocontratante debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia.

Los impedimentos o inhabilitaciones temporales, que la autoridad administrativa impone a los proveedores y contratistas de la Administración Pública, por las que por tiempo determinado no pueden participar como oferentes en una convocatoria pública, o privada, ni figurar como contratantes en una adjudicación directa, por haber violado la Ley o por formar parte de la

¹¹⁴ MARIENHOFF, MIGUEL S., Op., Cit., T III-A pág. 417.

persona moral, ex-servidores públicos inhabilitados en términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En nuestro derecho positivo, el Título Sexto de la Ley de Adquisiciones y el Título Séptimo de la Ley de Obras Públicas consagran el Capítulo de "Infracciones y Sanciones", los que señalan literalmente: "los licitantes, proveedores o contratistas que infrinjan las disposiciones contenidas en la ley, serán sancionados por la Contraloría con multa equivalente a la cantidad de cincuenta hasta mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al mes, en la fecha de la infracción".

En materia de adquisiciones la Ley de la materia en su numeral 60, establece al tenor literal lo siguiente:

"Artículo 60.- La Contraloría, además de la sanción a que se refiere el artículo anterior, inhabilitará temporalmente para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por esta Ley, al licitante o proveedor que se ubique en alguno de los supuestos siguientes:

- I. Los licitantes que injustificadamente y por causas imputables a los mismos no formalicen el contrato adjudicado por la convocante;
- II. Los proveedores que se encuentren en el supuesto de la fracción III del artículo 50 de este ordenamiento, respecto de dos o más dependencias o entidades;
- III. Los proveedores que no cumplan con sus obligaciones contractuales por causas imputables a ellos y que, como consecuencia, causen daños o perjuicios graves a la dependencia o entidad de que se trate; así como,

aquellos que entreguen bienes con especificaciones distintas de las convenidas, y

IV. Los licitantes o proveedores que proporcionen información falsa o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, en la celebración del contrato o durante su vigencia o bien, en la presentación o desahogo de una queja en una audiencia de conciliación o de una inconformidad.

La inhabilitación que se imponga no será menor de tres meses ni mayor de cinco años, plazo que comenzara a contarse a partir del día siguiente a la fecha en que la Contraloría la haga del conocimiento de las dependencias y entidades, mediante la publicación de la circular respectiva en el Diario Oficial de la Federación.

Las Dependencias y entidades dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de alguna infracción a las disposiciones de esta Ley, remitirán a la Contraloría la documentación comprobatoria de los hechos presumiblemente constitutivos de la infracción.”

Por su parte, la Ley de Obras Públicas prescribe en su artículo 78:

“Artículo 78.- La Contraloría, además de la sanción a que se refiere el artículo anterior, inhabilitará temporalmente para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por esta Ley al licitante o contratista que se encuentre en alguno de los supuestos siguientes:

I. Los licitantes que injustificadamente y por causas imputables a los mismos no formalicen el contrato adjudicado por la convocante;

II. Los contratistas que se encuentren en la fracción III del artículo 51 de este ordenamiento, respecto de dos o más dependencias o entidades;

III. Los contratistas que no cumplan con sus obligaciones contractuales por causas imputables a ellos y que, como consecuencia, causen daños o perjuicios graves a la dependencia o entidad de que se trate, y

IV. Los licitantes o contratistas que proporcionen información falsa, o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, en la celebración del contrato o durante su vigencia, o bien, en la presentación o desahogo de una queja en una audiencia de conciliación o de una inconformidad.

La inhabilitación que imponga no será menor de tres meses ni mayor de cinco años, plazo que comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha en que la Contraloría la haga del conocimiento de las dependencias y entidades, mediante la publicación de la circular respectiva en el Diario Oficial de la Federación.

Las dependencias y entidades, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de alguna infracción a las disposiciones de esta Ley, remitirán a la Contraloría la documentación comprobatoria de los hechos presumiblemente constitutivos de la infracción.

Ambos ordenamientos, establecen los criterios que deberán considerarse por la autoridad administrativa para imponer sanciones. Los cuales en atención a los artículos 61 de la Ley de Adquisiciones y 79 de la Ley de Obras Públicas son:

- Los daños o perjuicios que se hubieren producido o puedan producirse.
- El carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción;
- La gravedad de la infracción y
- Las condiciones del infractor

Asimismo, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas abrogada establecía el procedimiento al que se tenía que sujetar la imposición de las sanciones. En la legislación vigente se omite la regulación específica de esta parte adjetiva indicándose expresamente que la Contraloría impondrá las sanciones administrativas de que tratan los ordenamientos aplicables, con base en las disposiciones relativas de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Asimismo, la legislación vigente señala que la aplicación de las sanciones se realizará con plena independencia de las de orden civil o penal que puedan derivar de la comisión de los mismos hechos.

2. POTESTAD SANCIONADORA EN CONTRA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS, O POTESTAD DISCIPLINARIA.

La palabra responsabilidad tiene en Derecho diversos sentidos. Se habla de responsabilidad política, penal, civil y disciplinaria.

En este caso, la acepción que nos interesa esta íntimamente vinculada al concepto de "potestad", esta puede definirse como el "medio jurídico con que cuenta la Administración para desplegar su actividad... la función de administrar – escribe García Oviedo – ha llegado a adquirir actualmente una organización propia, sustantiva, que le otorga un carácter de empresa autónoma. En ese sentido se puede hablar de la existencia de una verdadera institución administrativa (Hauriou) constituida por varias empresas que, armónicamente organizadas y como piezas de una gran maquinaria, realizan el ideal de la Administración."¹¹⁵

La potestad sancionadora, que los autores y juristas suelen denominar potestad "correctiva o disciplinaria", debe entenderse como la facultad de imponer "correcciones o correctivos" a los administrados por actos que contrarían a lo ordenado por la Administración, y de imponer sanciones a los funcionarios por -acciones u omisiones- que cometan en el ejercicio de su acción. El ejercicio de esta facultad es inexcusable, pues si la Administración tiene a su cargo el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, siendo responsable de su prestación; si es, por así decirlo, una vasta empresa que no puede funcionar sin la observancia de una fuerte disciplina interna y externa, privarla de un poder sancionador que la mantenga equivale a privarla de defensa y condenar al desorden su labor.

De aquí, la existencia de la potestad sancionadora que considera las "faltas" y que, por consiguiente, deja expedita la acción de los tribunales de justicia para castigar las acciones o hechos que entren en el campo penal, así como la acción administrativa fiscal por cualquier perjuicio emergente del comportamiento del funcionario o personas involucradas en el procedimiento sancionatorio administrativo.

¹¹⁵ FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, Op. CIT., pág. 594

La aplicación de estas sanciones se realizará con plena independencia de las de orden civil o penal que puedan derivar de la comisión de los mismos hechos.

La potestad sancionadora por la comisión de actos constitutivos de responsabilidad administrativa, deriva de la naturaleza de la relación de servicio dentro de la función pública, como una facultad disciplinaria, que los tratadistas enuncian como uno de los poderes que implica la relación jerárquica.

De acuerdo con lo anterior, encontramos que la responsabilidad administrativa, y su correlativa potestad disciplinaria obedece al principio de coherencia entre la actuación de los servidores públicos y los valores que consigna la Constitución independientemente de las obligaciones que derivan de los contratos de trabajo o de los nombramientos de los funcionarios.

La potestad disciplinaria se ejerce por la propia Administración en contra de sus agentes públicos, por lo que es necesario analizar brevemente no sólo el concepto de servidor público, sino lo que este representa en la teoría jurídico-política, Hans Kelsen señala que: "órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano"¹¹⁶, el mismo Kelsen expresa que en esto hay una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función. Sin embargo, Kelsen resuelve el problema de la ficción al considerar que la conducta de un individuo se le atribuye al órgano de una comunidad en tanto y

¹¹⁶ KELSEN, HANS, Op., Cit., pág. 151.

en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia por el orden normativo constitutivo de la comunidad.

Este es el concepto primario, básico del "órgano", de la función orgánica en el sentido más amplio de la palabra. Junto al concepto de órgano "cuyo criterio reside en la designación inmediata o mediata para desempeñar la función determinada por el orden jurídico, en la terminología tradicional se recurre al concepto de órgano, agregando como criterio calificadorio un status personal del individuo que ejerza la función. El individuo así calificado es designado "funcionario"

No obstante los esfuerzos intelectuales del autor de la Teoría Pura del Derecho por establecer con nitidez el contenido de significado del concepto "órgano", éste continúa siendo uno de los más equívocos en el Derecho Administrativo.

En la doctrina francesa se hace referencia a la palabra *órgano* dentro de la teoría general de los funcionarios y en definitiva, *órgano* es la persona física, distinguiendo dos categorías que son: *órganos* y *empleados*.

Para Olivera del Toro, "el órgano es un concepto jurídico que no tiene existencia visible. Su realidad es puramente jurídica. Las atribuciones y potestades asignadas a cada órgano constituyen su competencia, la que no puede ser alterada por quienes la ejercen, ya que su cumplimiento constituye una obligación, no una facultad".¹¹⁷

¹¹⁷ OLIVERA TORO JORGE, Op. Cit., pág.332.

Así, el concepto "funcionario" denota de manera simplista a aquél que desempeña una función pública. La situación jurídica del funcionario esta siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de éste Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales.

En México ha existido una verdadera anarquía terminológica en la legislación y conceptos variables en la jurisprudencia. La legislación administrativa y la doctrina nacional distinguían el concepto de funcionario, del de empleado, al primero, se le supone un encargo especial transmitido en principio por la Ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo, sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concorra a la formación de la función pública.

Recientemente el legislador mexicano ha hecho un esfuerzo por eliminar tal distinción por el concepto genérico de "servidor público", que incluye en su extensión las dos especies antes referidas, sin embargo, el concepto común no resuelve las diferencias naturales que existen entre los servidores públicos que representan a un órgano determinado y los servidores públicos que sólo contribuyen a la formación de la función pública.

Estos servidores públicos están sujetos por disposición del ordenamiento jurídico a un régimen especial de obligaciones de cuyo incumplimiento da origen al fincamiento de responsabilidades administrativas con plena independencia de las de otra naturaleza.

En el procedimiento licitatorio hemos identificado distintas etapas o fases las que a su vez están compuestas por diversos actos administrativos, separables entre sí, pero concatenados entre ellos, hasta llegar al contrato, pero sólo él o

los servidores públicos que tienen la representación del órgano en términos del orden jurídico, son los que pueden firmar el contrato y asumir compromisos a nombre de la entidad pública; los demás servidores públicos sólo concurren a lo largo del procedimiento licitatorio, en ir preparando el acto jurídico definitivo, pero también ellos están sujetos al régimen de obligaciones administrativas, pues su conducta individual –por medio de acciones u omisiones- puede resultar determinante en la formación de la voluntad contractual de la entidad pública

La legislación vigente establece que a los servidores públicos que infrinjan los ordenamientos de la materia se les aplicarán las sanciones que procedan conforme a lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

De esta manera, se colige que los servidores públicos están sujetos a las obligaciones prescritas por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y, adicionalmente, cuando su función tiene como objeto la adquisición de bienes y servicios o la contratación de obras públicas también se encuentran sujetos a un conjunto de obligaciones específicas propias de su actividad.

La contravención a la norma constituye lo que en la doctrina se conoce como "falta", la cual de acuerdo a la corriente francesa del acto jurídico, por tratarse (la falta) de un fenómeno en que la voluntad no busca el resultado que la Ley prevé, estamos frente a un hecho jurídico en el que participan dos elementos fundamentales uno objetivo y otro subjetivo.

Como elemento objetivo existe una conducta de acción u omisión que lesiona los valores fundamentales de la función pública; por tanto, no es necesario que

la conducta produzca un daño material al Estado o que el servicio deje de prestarse, puesto que la responsabilidad se produce con el hecho de que la actuación del responsable atente contra los valores fundamentales que informan el ejercicio de la función pública, independientemente de que se produzca o no un daño material, o de que la conducta sea dolosa o culposa.

El elemento subjetivo se integra por dos personas con características particulares: por una parte, un ente público que ve afectados los valores que informan su actuación, y por la otra, un servidor público que, como tal, tiene obligaciones especiales para con el Estado en razón de su relación con él, derivada de un estatuto jurídico que la regula.

La acción u omisión tipificada o mejor dicho catalogada como falta administrativa, imputable a un servidor público, de la que se deriva una contravención a las normas que regulan el procedimiento licitatorio público, genera a favor del particular afectado un derecho subjetivo adjetivo para promover su anulación y se actualizan las condiciones materiales del ejercicio de la facultad de la entidad pública para sancionar a su agente responsable. Es más, si como consecuencia de la falta se ocasionan daños económicos al particular oferente, éste tiene acción en contra de la Administración para reclamar el pago de daños y perjuicios en el contexto de la responsabilidad extra contractual del Estado y la entidad pública condenada tendrá a salvo su derecho para repetir en contra de su agente público infractor la devolución del monto de la reparación.

La facultad para sancionar las faltas cometidas por los servidores públicos del Estado en el ejercicio de su función, le es asignada a cada uno de los Poderes de la Unión, según lo señala La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en su artículo 51, que dice: "El Consejo de la Judicatura

del Distrito Federal establecerá los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 47, así como para aplicar las sanciones establecidas en el presente capítulo.

Lo propio harán, conforme a la legislación respectiva y por lo que hace a su competencia, las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, así como la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

Asimismo, y por lo que hace a su competencia, las autoridades jurisdiccionales a que se refieren las fracciones VII a IX del artículo 3º., determinarán los órganos y sistemas para los efectos a que se refiere el párrafo primero, en los términos de su legislación respectiva.” y en el artículo 60 de la misma Ley señala a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo como la autoridad competente para ejercitar la potestad disciplinaria en el ámbito de la Administración Pública.

Cabe indicar que el hecho infractor imputable al servidor público, constituye la condición de aplicación de la consecuencia sancionadora prevista en la Ley, al margen del resultado que el particular puede obtener de la impugnación del acto que lo perjudica.

En este aspecto, es común, que la mayoría de los vicios ocultos en un procedimiento de licitación pública se descubran durante la tramitación de las inconformidades presentadas por los particulares. Si la autoridad competente considera procedente la inconformidad, de su resolución, se deriva la factibilidad de investigar el procedimiento licitatorio para sancionar al o los responsables, aunque a veces dicha investigación suele ser el contenido de uno de los resolutivos del fallo administrativo. Pero si se da el caso, de que la

autoridad estime por razones de fondo o forma improcedente o inoperante la inconformidad del particular, puede en ejercicio de sus facultades oficiosas realizar las investigaciones que sean pertinentes en contra de los involucrados.

Las sanciones administrativas que la Ley prevé son el apercibimiento público o privado, la amonestación pública o privada, la suspensión, la destitución, la inhabilitación y la sanción económica.

El procedimiento para la imposición de las sanciones se encuentra regulado por el artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y es de tramitación sumaria.

El carácter de acto de autoridad de la resolución por la cual se impone una sanción administrativa, lo sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación que los artículos 14 y 16 de la Constitución Política exige para todos los actos de molestia, pero al mismo tiempo le es atribuible la característica de ejecutividad de los actos jurídicos administrativos y, por lo tanto, quedan sujetos al régimen jurídico de éstos, derivado del carácter de autoridad de los órganos titulares de la facultad disciplinaria.

Por último, sólo basta decir que las sanciones impuestas por medio del procedimiento antes descrito pueden ser impugnadas en recurso de revocación ante la propia autoridad, o en juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación o el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

VI. DERECHO DE LOS OFERENTES

A) LAS BASES GENERADORAS DE DERECHOS PARA LOS PARTICIPANTES

Las bases o lo que en la doctrina se conoce como pliego de condiciones son un elemento fundamental del contrato realizado mediante el procedimiento de la licitación pública.

Se les puede considerar como el conjunto de cláusulas redactadas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita; las pautas que regirán el contrato correspondiente; los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratante con el Estado y el mecanismo procedimental que habrá de seguirse en la preparación y ejecución del contrato.

Las "bases" contienen, pues, las disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución, que suelen comprender las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a que habrán de acomodarse la preparación y desarrollo del contrato.

"Constituyen el documento base del contrato administrativo, con arreglo al cual éste debe cumplirse. En él se determina en cada caso, el contenido contractual y se definen las prestaciones de cada parte. Se caracteriza por ser una verdadera ley contractual, ya que en esas bases se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes que, para éstas ofrecen el carácter de ley".¹¹⁸

¹¹⁸ FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, Op. CIT., PÁG. 571

Las bases contemplan dos tipos de cláusulas o estipulaciones fundamentales, por un lado, están las que comprenden las condiciones del procedimiento de selección y por otro, las que se refieren a las condiciones del contrato, las cuales cumplen una doble función: antes de que nazca el contrato advierte a los interesados las condiciones que deberán reunir sus ofertas o propuestas, características que después de la adjudicación se incorporarán al contrato convirtiéndose en cláusulas jurídicas de él.

“En las cláusulas del pliego se establecen minuciosamente los detalles de la cosa licitada, las condiciones del contrato y del trámite para la adjudicación. Las referentes a la cosa licitada constituyen la parte técnica o de hecho, en la que se describe pormenorizadamente el suministro, obra o servicio que se licite; las relativas a las condiciones del contrato, efectos, trámite, forma de celebración, etc., constituyen la parte legal o de derecho”.¹¹⁹

Las cláusulas aceptadas por el oferente o proponente al cual se adjudica el contrato, lo integran junto con la “oferta” o “propuesta” hecha.

Las bases o pliego de condiciones da a los contratos administrativos un típico carácter de contrato de adhesión. La participación de los particulares en un concurso, lo hacen porque tienen la pretensión de que sus “ofertas” sean las que más se acercan o cumplen con las condiciones establecidas unilateralmente por la Administración Pública.

En este mismo sentido opina Bercaitz, para quien el contrato administrativo que se forma, previa licitación pública tiene una connotación de contrato de adhesión y aún cuando “se habla de oferta y oferente, de propuesta y proponente, esto no desvirtúa la adhesión que oferente o proponente presta a

¹¹⁹ DROMI, JOSE ROBERTO, Op. Cit. pág. 203.

todas las demás cláusulas del contrato contenidas en el pliego de condiciones".¹²⁰

Así las bases son preparadas unilateralmente por la entidad pública que convocará a los oferentes. En su elaboración no intervienen los particulares; ellos se limitan a tener conocimiento del pliego, después de publicado, una vez puesto en marcha el procedimiento licitatorio.

Aún cuando se reconoce que la Administración Pública tiene amplias facultades para redactar las bases o pliegos de condiciones, determinando las cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas. El obrar estatal, dice Roehrsen di Cammetata, tanto unilateral o contractual, debe conformarse al principio de la legalidad administrativa.

La naturaleza jurídica de las bases o pliego de condiciones es compleja, es un acto administrativo sujeto en su validez a todas las condiciones de los actos administrativos: competencia del funcionario que lo aprueba, formas, objeto y causa.

Asimismo, la doctrina administrativa sobre la materia reconoce que su régimen de revocación se halla sujeto a las mismas normas y principios que rigen la de los actos administrativos.

De esta manera, formulada la invitación a quienes tengan interés en celebrar con la Administración Pública el contrato conforme a sus cláusulas, ya sea en forma general e impersonal por los diarios, ya en forma personal y directa, no puede ser alterado o modificado salvo en el caso de dejar sin efecto la invitación. Mucho menos puede modificarse después de la presentación de las

¹²⁰ BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Op. Cit., pág. 330

propuestas. Lo único que puede hacerse es dejar sin efecto la licitación en resolución fundada revocando el acto que la dispuso.

El artículo 33 de la Ley de Adquisiciones y el artículo 35 de la Ley de Obras Públicas establecen los supuestos en que es permisible para las dependencias y entidades la modificación de las bases de la licitación, siempre que ello no tenga por objeto limitar el número de participantes, lo podrán hacer cuando menos con seis días naturales de anticipación a la fecha señalada para la presentación y apertura de proposiciones y que la misma se haga de conocimiento de los interesados a través de los mismos medios utilizados para su publicación. Además, la legislación establece que las modificaciones no podrán consistir en la sustitución o variación sustancial de los bienes, obras o servicios convocados originalmente, o bien, en adición de otros distintos.

Asimismo, la legislación de la materia establece que las dependencias y entidades procederán a declarar desierta una licitación cuando las posturas presentadas no reúnan los requisitos de las bases de la licitación o sus precios no fuesen aceptables, y volverán a expedir una nueva convocatoria. Con ello se deduce que la autoridad licitante no puede actuar caprichosamente y que una vez publicada la convocatoria a una licitación pública, esta tiene que seguir su desarrollo conforme a las normas aplicables, de lo contrario se incurriría en responsabilidad.

Por todo lo que se ha referido, podemos deducir, la importante significación jurídica que tiene el pliego de condiciones en el procedimiento licitatorio, el que implica una serie de consecuencias también jurídicas, traducidas en derechos y deberes para las partes intervinientes, que son:

- a) **Obligatoriedad para el licitante de observar estrictamente las prescripciones del pliego, con la consecuente prohibición de modificarlo o alterarlo como regla general.**
- b) **Rechazo de ofertas por inadmisibles cuando no se ajustan al pliego.**
- c) **Cláusulas de las bases del pliego de carácter general, impersonal y de trato igualitario para los oferentes.**
- d) **Cláusulas regulatorias del procedimiento licitatorio tanto operativas, técnicas como legales.**
- e) **Impugnabilidad del pliego de condiciones por parte de oferentes y terceros interesados, sea cuando arbitrariamente se les excluye o impide participar en el procedimiento licitatorio o cuando contuviere cláusulas ilegales.**

En nuestra legislación vigente, el artículo 31 de la Ley de Adquisiciones establece las características y contenido que las bases deben tener. Por su importancia consideramos necesaria su transcripción:

"Artículo 31.- Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta, inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de

los interesados adquirirlas oportunamente durante este periodo. Las bases contendrán en lo aplicable como mínimo lo siguiente:

I. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

II. Forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el licitante;

III. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen; fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones; comunicación del fallo y firma del contrato;

IV. Señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar los precios de los bienes o servicios, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes;

V. Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones. Los anexos técnicos y folletos podrán presentarse en el idioma del país de origen de los bienes o servicios, acompañados de una traducción simple al español;

VI. Moneda en que se cotizará y efectuará el pago respectivo. En los casos de licitación internacional, en que la convocante determine efectuar los pagos a proveedores extranjeros en moneda extranjera, los licitantes nacionales podrán presentar sus proposiciones en la misma moneda extranjera que

determine la convocante. No obstante, el pago que se realice en el territorio nacional deberá hacerse en moneda nacional y al tipo de cambio vigente en la fecha en que se haga dicho pago;

VII. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes podrán ser negociadas;

VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos de conformidad a lo establecido por el artículo 36 de esta Ley;

IX. Descripción completa de los bienes o servicios, o indicación de los sistemas empleados para identificación de los mismos; información específica que requieran respecto a mantenimiento, asistencia técnica y capacitación; relación de refacciones que deberán cotizarse cuando sean parte integrante del contrato; aplicación de normas a que se refiere la fracción VII del artículo 20 de esta Ley; dibujos; cantidades; muestras, y pruebas que se realizarán, así como método para ejecutarlas;

X. Plazo y condiciones de entrega; así como la indicación del lugar, dentro del territorio nacional, donde deberán efectuarse las entregas;

XI. Requisitos que deberán cumplir quienes deseen participar, los cuales no deberán limitar la libre participación de los interesados;

XII. Condiciones de precio y pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo. Tratándose de adquisiciones de bienes muebles, podrá establecerse que el pago se cubra parte en dinero y parte en especie, siempre

y cuando el numerario sea mayor, sin perjuicio de las disposiciones relativas de la Ley General de Bienes Nacionales;

XIII. Datos sobre las garantías; así como la indicación de si se otorgará anticipo, en cuyo caso deberá señalarse el porcentaje respectivo y el momento en que se entregará, el que no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;

XIV. La indicación de si la totalidad de los bienes o servicios objeto de la licitación, o bien, de cada partida o concepto de los mismos, serán adjudicados a un solo proveedor, o si la adjudicación se hará mediante el procedimiento de abastecimiento simultáneo a que se refiere el artículo 39 de esta Ley, en cuyo caso deberá precisarse el número de fuentes de abastecimiento requeridas, los porcentajes que se asignarán a cada una y el porcentaje diferencial en precio que se considerará;

XV. En el caso de contratos abiertos, la información a que alude el artículo 47 de este ordenamiento;

XVI. Penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes o en la prestación de los servicios;

XVII. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 60 de esta Ley, y

XVIII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación

electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación.

Para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, arrendamientos o servicios no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley.

Por su parte, tratándose de obras públicas, el artículo 33 de la ley de la materia, señala literalmente lo siguiente:

“Artículo 33.- Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta inclusive el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante este periodo, y contendrán en lo aplicable como mínimo, lo siguiente:

- I. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;
- II. Forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el licitante;
- III. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen;

fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones; comunicación del fallo y firma del contrato;

IV. Señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar el costo de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes;

V. Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;

VI. Moneda o monedas en que podrán presentarse las proposiciones. En los casos en que se permita hacer la cotización en moneda extranjera se deberá establecer que el pago que se realice en el territorio nacional se hará en moneda nacional y al tipo de cambio de la fecha en que se haga dicho pago;

VII. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes podrán ser negociadas;

VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos de conformidad a lo establecido por el artículo 38 de esta Ley;

IX. Proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran para preparar la proposición; normas de calidad de los materiales y especificaciones generales y particulares de construcción aplicable, en el caso de las especificaciones particulares, deberán ser firmadas por el responsable del proyecto;

X. Tratándose de servicios relacionados con las obras públicas, los términos de referencia que deberán precisar el objeto y alcances del servicio; las especificaciones generales y particulares; el producto esperado, y la forma de presentación;

XI. Relación de materiales y equipo de instalación permanente que, en su caso, proporcione la convocante, debiendo acompañar los programas de suministro correspondientes;

XII. En su caso el señalamiento del porcentaje de contenido nacional del valor de la obra que deberán cumplir los licitantes en materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente, que serían utilizados en la ejecución de los trabajos;

XIII. Experiencia, capacidad técnica y financiera necesaria de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

XIV. Datos sobre las garantías; porcentajes, forma y términos de los anticipos que se concedan;

XV. Cuando proceda lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, la que deberá llevarse a cabo dentro del periodo comprendido entre el cuarto día natural siguiente a aquél en que se publique la convocatoria y el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones;

XVI. Información específica sobre las partes de los trabajos que podrán subcontratarse;

XVII. Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;

XVIII. Modelo de contrato al que se sujetarán las partes;

XIX. Tratándose de contratos a precio alzado o mixtos en su parte correspondiente, a las condiciones de pago;

XX. Tratándose de contratos a precios unitarios o mixtos en su parte correspondiente, el procedimiento de ajuste de costos que deberá aplicarse, así como el catálogo de conceptos, cantidades y unidades de medición, debe ser firmado por el responsable del proyecto; y la relación de conceptos de trabajo más significativos, de los cuales deberán presentar análisis y relación de los costos básicos de materiales, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción que intervienen en dichos análisis. En todos los casos se deberá prever que cada concepto de trabajo esté debidamente integrado y soportado, preferentemente, en las especificaciones de construcción y normas de calidad solicitadas, procurando que estos conceptos sean congruentes con las cantidades de trabajo requeridos por el proyecto;

XXI. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 78 de esta Ley;

XXII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para

enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación, y

XXIII. Los demás requisitos generales que, por las características, complejidad y magnitud de los trabajos, deberán cumplir los interesados, los que no deberán limitar la libre participación de éstos.

Para la participación, contratación o adjudicación en obras públicas o servicios relacionados con las mismas no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley.

Tanto en licitaciones nacionales como internacionales, los requisitos y condiciones que contengan las bases de la licitación, deberán ser los mismos para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega; plazos para la ejecución de los trabajos; normalización, forma y plazo de pago; penas convencionales; anticipos, y garantías.

Tratándose de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública financiados con créditos externos otorgados al Gobierno Federal o con su aval, los requisitos para la licitación serán establecidos por la Secretaría.

En el ejercicio de sus atribuciones, la Contraloría podrá intervenir en cualquier acto que contravenga las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley. Si la Contraloría determina la cancelación del proceso de adjudicación, la dependencia o entidad reembolsará a los participantes los gastos no recuperables en que hayan incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la operación correspondiente.

La fase pre-contractual del procedimiento licitatorio público genera derechos y obligaciones para los participantes y la entidad pública, de ahí que si bien el oferente no tiene todavía la titularidad de la adjudicación del contrato, si tiene derecho a que la licitación pública se realice de conformidad con lo dispuesto por la normatividad, de lo contrario, además, tiene el derecho adjetivo para impugnar él o los actos que no estén apegados al principio de legalidad.

B) MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Todos los actos administrativos que integran el procedimiento de licitación pública previos a la formalización del contrato, es decir, los que conforman la etapa pre-contractual pueden ser anulados o modificados por impulso de los oferentes o por intervención oficiosa de la autoridad administrativa.

Al reportarse como actos administrativos participan de los que les corresponden a los actos jurídicos, los que en principio son impugnables.

Cuando un acto administrativo lesiona un derecho subjetivo o un interés legítimo del particular interesado, puede ser impugnado o recurrido por él, ya en sede administrativa por medio de recursos administrativos, y posteriormente, una vez agotados aquellos y ante su resultado negativo, demandando jurisdiccionalmente su revisión por medio de recursos o de acciones judiciales según corresponda. Toda esa actividad procedimental y procesal tiene raíz en el ejercicio del derecho de defensa.

De acuerdo con Emilio Fernández Vázquez "la impugnación administrativa procede por razones de legitimidad y por razones de operatividad, mérito o

conveniencia; en tanto que la impugnación jurisdiccional procede por razones de legitimidad".¹²¹

Según sea la situación jurídica subjetiva del oferente, será la protección que el ordenamiento positivo le brinde, por lo que es necesario distinguir de acuerdo con la doctrina administrativa entre el titular de un derecho subjetivo y el de un interés legítimo y el de un interés simple, de estas consideraciones se entendería mejor la opción de defensa que resulte viable.

a) En términos generales, quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar su reconocimiento, tanto ante la propia Administración (por vía de recursos administrativos) como ante la jurisdicción (por vía de acciones judiciales ordinarias y acciones procesales administrativas). Si aquella no le reconoce su derecho, el particular puede accionar judicialmente —por proceso administrativo—¹²² ejerciendo la acción subjetiva de plena jurisdicción y peticionando, además, de la extinción del acto lesivo (anulación total o parcial), el restablecimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido y el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

b) Quien tiene un interés legítimo, puede reclamar su reconocimiento únicamente ante la Administración, por vía de recursos administrativos. El titular de un interés legítimo sólo puede pedir la revocación o anulación del acto que lo afecte y no indemnización por daños y perjuicios.

c) Por último, quién tiene un interés simple solo tiene protección administrativa por vía de denuncias y no puede pretender revocación

¹²¹ FERNANDEZ VAZQUEZ, EMILIO, Op. Cit. Pág. 421.

¹²² DIAZ, MANUEL M., Op., Cit., pág. 11

administrativa ni anulación judicial, como tampoco resarcimiento indemnizatorio.

Las tres situaciones jurídicas subjetivas mencionadas son abstractas, generales y comunes para todo administrado, por tanto, la del oferente es evidentemente la misma que la de cualquier administrado, o sea que puede ser titular, de modo activo, un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple y, de modo pasivo, un deber jurídico.

Al respecto Dromí considera que "la situación de un oferente, según la etapa procesal de la constitución, puede ser de:

- a) Derecho subjetivo a la participación.
- b) Interés legítimo de la adjudicación.¹²³

La situación jurídica de los oferentes y sus relaciones con la entidad pública licitante, se regulan bajo el amparo del vínculo jurídico pre-contractual y es esta situación específica la que condicione el ejercicio del derecho de defensa del particular.

En síntesis, en cuanto a la participación concurrencia y admisión, todos los oferentes tienen derecho subjetivo. En lo referente a la controlación, formalización y posterior ejecución del contrato el adjudicatario tiene derecho subjetivo e interés legítimo.

Así, nuestra ley de la materia establece como medios impugnativos la inconformidad y el recurso de revocación.

¹²³ DROMI, JOSE ROBERTO, Op. Cit., pág. 530.

La inconformidad puede ejercerse por las personas físicas o morales interesadas que consideren que sus derechos fueron afectados, bien sea por la resolución que contenga el fallo o por la emisión de algún acto relativo a cualquier etapa o fase de la contratación, tales como la convocatoria, bases, junta de aclaraciones, visita al sitio de realización de los trabajos, primera y segunda etapa del acto de apertura de las proposiciones, así como de cualquier otra que contravenga las disposiciones de la Ley. Cabe señalar que el procedimiento de inconformidad podrá iniciarse sólo después de que la convocatoria se haya publicado.

El Título Séptimo de la Ley de Adquisiciones y el Título Octavo de la Ley de Obras Públicas regulan el derecho de los licitantes a inconformarse, dichos Títulos en idénticas prescripciones, expresan:

“Las personas interesadas podrán inconformarse ante la Contraloría, por cualquier acto del procedimiento de contratación que contravenga las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley.

La inconformidad será presentada, a elección del promovente, por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica que al efecto establezca la Contraloría, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el inconforme tenga conocimiento de éste”.

En la inconformidad que se presente, el promovente deberá manifestar, bajo protesta de decir verdad, los hechos que le consten relativos al acto o actos que aduce son irregulares y acompañar la documentación que sustente su petición. La falta de protesta será causa de desechamiento de la inconformidad.

Resulta una auténtica innovación en esta materia la posibilidad de que el promovente emplee medios electrónicos para presentar su inconformidad, por lo que la legislación aplicable, establece que en las inconformidades que se presentan a través de medios remotos de comunicación electrónica, deberán utilizarse medios de identificación electrónica en sustitución de la firma autógrafa.

Transcurridos los plazos establecidos en este artículo, precluye para los interesados el derecho a inconformarse, sin perjuicio de que la Contraloría pueda actuar en cualquier tiempo en términos de ley.

Resulta necesario acotar que las personas que pueden formular una inconformidad no debe entenderse como cualquiera, sino sólo aquellas que tienen un derecho subjetivo o interés legítimo en hacerlo, es decir desde los que se encuentran cumpliendo con los requisitos del "llamado a proponer", hasta la que satisface plenamente las dos etapas de evaluación técnica y económica, si sólo se da el interés simple, lo procedente no es la presentación de la inconformidad, sino de una denuncia.

También, cabe resaltar, que aún cuando precluyan los derechos de los interesados para inconformarse, subsisten las facultades de la autoridad administrativa, en este caso la Contraloría, para fiscalizar el procedimiento licitatorio.

En contra de la resolución de la inconformidad que dicte la Contraloría, se podrá interponer el recurso que establece la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, impugnarle ante las instancias jurisdiccionales competentes.

C) ETAPAS Y PLAZOS

De acuerdo con la legislación de la materia, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo es la única autoridad facultada para conocer y resolver las inconformidades que sobre las materias se presenten.

Cabe señalar que para los efectos de los tratados comerciales de los que México sea parte, la autoridad revisora a que se refieran éstos, es la dependencia mencionada, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

La inconformidad deberá presentarse por escrito dentro de los 10 días hábiles siguientes a aquel en que ocurra el acto que contravenga las disposiciones de la Ley o que el inconforme tenga conocimiento del mismo.

El escrito de inconformidad deberá contar como mínimo:

- Nombre o razón social, dirección completa y teléfono del inconforme.
- Denominación de la dependencia o entidad que haya emitido el acto que se impugne, debiéndose precisar cual es el área responsable de dicho acto.
- Datos de la operación motivo de la inconformidad.
- Manifestación de que los hechos que le consten al inconforme, relativos al acto o actos que se impugnen, y que se incluyen en el escrito de inconformidad se realizan bajo protesta de decir verdad. Dicha manifestación podrá incluirse en el cuerpo del escrito o en la parte correspondiente a la firma del mismo.

El escrito de inconformidad deberá ser acompañado por:

- Original y copia del documento que acredite la personalidad del promovente, excepción hecha del caso de las personas físicas que presenten la inconformidad por su propio derecho, y
- La documentación vinculada con la impugnación que pretenda hacer valer el inconforme y que, a su juicio, compruebe los hechos impugnados.

La legislación en comentario, señala que transcurridos los plazos establecidos, precluye para los interesados el derecho a inconformarse sin perjuicio de que la Contraloría pueda actuar en cualquier tiempo en términos de Ley.

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la Ley de Adquisiciones y el Artículo 86 de la Ley de Obras Públicas, señalan que la Contraloría podrá de oficio o en atención a las inconformidades que se interpongan, realizar las investigaciones que resulten pertinentes, a fin de verificar que los actos de cualquier procedimiento de contratación se ajustan a las disposiciones de la Ley, dentro de un plazo que no excederá de 45 días naturales contados a partir de la fecha en que tenga conocimiento del acto irregular. Transcurrido dicho plazo, deberá emitir la resolución correspondiente dentro de los 30 días hábiles siguientes.

La Contraloría podrá requerir información a las dependencias y entidades correspondientes, quienes deberán remitirla dentro de los 10 días naturales siguientes a la recepción del requerimiento respectivo.

La autoridad durante la investigación de los hechos probablemente irregulares podrá suspender el proceso de adjudicación cuando:

- Se advierta que existan o pudieran existir actos contrarios a las disposiciones legales, y
- Que con la suspensión no se cause perjuicio al interés público y no se contravengan disposiciones de orden público, o bien, si de continuarse el procedimiento de contratación, pudieran producirse daños o perjuicios a la dependencia o entidad de que se trate.

D) RESOLUCIÓN DE LA INCONFORMIDAD

La atención de las inconformidades por parte de las autoridades encargadas de resolverlas, atraviesa por las siguientes etapas:

- ADMISIÓN A TRÁMITE O DESECHAMIENTO.

Una vez recibido el escrito de inconformidad, se verifica si el firmante del mismo tiene facultades legales para presentar la inconformidad, si ésta fue presentada dentro del término previsto por la Ley y si contiene la protesta de decir verdad, emitiéndose por escrito, al inconforme la determinación de admisión a trámite o de desechamiento, según sea el caso.

En caso de desechamiento la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo puede realizar de oficio y en cualquier momento las investigaciones a que hubiere lugar, si presume la existencia de irregularidades o contravenciones a las disposiciones de la Ley.

- SOLICITUD A LA DEPENDENCIA O ENTIDAD DE INFORME CIRCUNSTANCIADO Y DOCUMENTACIÓN VINCULADOS AL CASO.

Aceptada a trámite la inconformidad y con objeto de allegarse de elementos de juicio necesarios para resolverla, se remite copia del escrito de inconformidad al órgano interno de control de la dependencia o entidad correspondiente, solicitándose a la dependencia o entidad convocante un informe circunstanciado de hechos y la documentación soporte del acto impugnado, lo que deberá ser proporcionado a la Secretaría de la Contraloría, dentro de los diez días naturales contados a partir de la recepción de la correspondiente solicitud, de acuerdo con lo previsto por la Ley.

- SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES PENDIENTES.

Si esta se produce, la misma se comunica por escrito a la dependencia y entidad convocante y al tercero perjudicado en su caso.

Recibido el oficio de suspensión, las acciones que realice la convocante en contravención a dicha determinación, serán bajo su estricta responsabilidad y con las consecuencias legales que ello implique.

Cuando sea el inconforme quien solicite la suspensión, éste deberá garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar, mediante fianza por el monto que fije la Contraloría de conformidad con los lineamientos que al efecto expida; sin embargo, el tercero perjudicado podrá dar contrafianza equivalente a la que corresponda a la fianza, en cuyo caso quedará sin efecto la suspensión.

- COMUNICACIÓN AL TERCERO PERJUDICADO

De existir un tercer perjudicado, se otorga el derecho de audiencia, para lo cual también se le remite copia del escrito de conformidad, a fin de que esté en posibilidad de exponer lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que considere convenientes.

- PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES.

La Ley establece que la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo deberá realizar las investigaciones correspondientes a inconformidades en un plazo que no excederá de 45 días naturales a partir de la fecha en que éstos se reciban y resolverá lo conducente.

- COMUNICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.

La resolución respectiva se comunica por escrito al órgano interno de control de la convocante, así como al inconforme, y en su caso, al tercero perjudicado. Dicha comunicación es entregada en forma directa a los interesados o bien, mediante correo certificado o por cualquier medio en el que la entrega pueda ser demostrada fehacientemente.

De acuerdo con lo establecido en la legislación de la materia, las *inconformidades que se presenten en contra de actos que contravengan las disposiciones de la Ley, tendrán como consecuencias: la nulidad del procedimiento a partir del acto o actos irregulares, estableciendo las directrices necesarias para que el mismo se realice conforme a la Ley; la nulidad total del procedimiento; o la declaración de improcedencia de la inconformidad.*

Se exceptúan de la intervención de la autoridad administrativa, aquéllas inconformidades que se hubieren promovido ante un órgano jurisdiccional antes o después de la presentación ante la Contraloría.

E) VÍA CONCILIATORIA.

Existe una alternativa para los particulares participantes como proveedores o contratistas del sector público, de resolver las controversias que pudieran derivarse de un contrato, que es la vía conciliatoria.

Esta vía no estaba contemplada en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, la cual se regulaba en el artículo 20 fracción VII del Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, y se constriñía a la promoción que podían hacer los órganos internos de control de las dependencias y entidades de resolver los aspectos de conflicto que se presentaban entre las partes, con plena independencia de la instancia jurisdiccional.

Sin embargo, tanto la Ley de Adquisiciones y la Ley de Obras Públicas vigentes regulan en un Capítulo específico el procedimiento de conciliación.

En términos idénticos, ambos ordenamientos regulan este procedimiento en los siguientes términos.

“Artículo 71.- Los proveedores podrán presentar quejas ante la Contraloría con motivo del incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos que tengan celebrados con las dependencias y entidades.

Una vez recibida la queja respectiva, la Contraloría señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la queja.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del proveedor traerá como consecuencia el tenerlo por desistido de su queja".

En la audiencia de conciliación la Contraloría tomando en cuenta los hechos manifestados en la queja y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

En caso de que sea necesario, la audiencia se podrá realizar en varias sesiones. Para ello la Contraloría señalará los días y horas para que tengan verificativo. En todo caso, el procedimiento de conciliación deberá agotarse en un plazo no mayor de sesenta días hábiles contados a partir de la fecha en que se haya celebrado la primera sesión.

De toda diligencia deberá levantarse acta circunstanciada, en la que consten los resultados de las actuaciones.

En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. En caso contrario, quedarán a salvo sus derechos, para que los hagan valer ante los tribunales federales.

CONCLUSIONES

1. El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra a la licitación pública como la institución jurídico-administrativa, por la cual se deben regir ordinariamente las relaciones contractuales que la Administración Pública sostiene con los particulares, en materia de adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas.
2. La licitación pública como institución jurídico-administrativa del derecho positivo mexicano, tiene como finalidad preservar los principios constitucionales de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado en los contratos por los que adquiere bienes, servicios y obras públicas.
3. A pesar de que la licitación pública es un procedimiento más o menos extendido en gran parte de las legislaciones administrativas de los países occidentales, existen objeciones que la califican de trámite burocrático e innecesario. En contra de esta percepción, estimamos que la licitación pública provee beneficios y garantías a las futuras partes formales de un contrato administrativo. Al Estado le garantiza las condiciones más favorables para los propósitos que persigue y a los particulares una posibilidad de obtener negocios en un ambiente de sana competencia.
4. Consideramos que a pesar de que la licitación pública implica el agotamiento previo de un procedimiento, éste a la larga, resulta más económico al sector público, que los altos riesgos que puede entrañar el

que éste tenga la potestad ilimitada de contratar directamente con quien sea, sin criterios previos de competencia y selección.

Por ello, una adecuada cultura del control de la gestión gubernamental es el ambiente de cultivo ideal, para que germine con mayor energía la eficacia y la eficiencia del procedimiento licitatorio, que es un mecanismo de protección del interés público y un garante de la igualdad de los oferentes.

5. La Administración Pública realiza una intensa actividad para seleccionar al futuro adjudicatario de un contrato administrativo, este proceso de selección del co-contratante está determinado por el propio orden jurídico y se ubica en la fase pre-contractual, en la que la entidad pública convocante somete a los particulares participantes a una estricta competencia para seleccionar la mejor oferta técnica y económica.
6. El procedimiento licitatorio implica un "pactum preparatorium" o "pactum de contrahendo", en virtud de que en este periodo preliminar al contrato, supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por venir, que si bien no pueden aún calificarse de voluntades contractuales, crean de suyo un vínculo jurídico obligacional.
7. Los contratos administrativos producidos como resultado de un procedimiento licitatorio, su adjudicación, no es resultado del ejercicio de facultades discrecionales de la Administración Pública, toda vez que la decisión adjudicatoria es un acto reglado por el orden jurídico y determinado por el contenido obligacional del vínculo jurídico nacido en la fase pre-contractual.

8. De esta manera, la Administración Pública no tiene facultades potestativas para otorgar los contratos administrativos que se licitan, una vez que el particular cumple con todos los requisitos establecidos en las bases de la licitación y resulta ser la mejor opción técnica y la más económica, el otorgamiento del contrato se convierte en la consecuencia natural y legal del procedimiento licitatorio.
9. La licitación pública es un procedimiento administrativo complejo, integrado por distintas etapas, independientes unas de otras que culminan con el fallo de adjudicación de un contrato al ganador de un concurso público.
10. Si bien la licitación pública es un procedimiento administrativo previo a la adjudicación de un contrato, aquélla no forma parte esencial del contrato, aún cuando la ley establezca su obligatoriedad y su omisión implique la nulidad del acto realizado. Consideramos a la licitación pública como un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones formulen propuestas de entre las cuales seleccionara la más conveniente.
11. En consecuencia con lo anterior, sostenemos que la licitación no es un elemento esencial del contrato administrativo. Un contrato llevado a cabo sin licitación cuando éste es menester, no genera un contrato nulo por vicio de forma, es un contrato impugnabile por no haberse producido de conformidad con el procedimiento creado legislativamente para tal efecto, por lo que puede darse el caso, que éste formalmente no sea atacado y sea perfectamente válido desde el punto de vista de producir los efectos

legales para las partes, a pesar de los vicios que pudieran existir en el procedimiento previo de preparación del contrato.

12. Hemos dicho que la licitación pública es un procedimiento integrado por una serie de actos unilaterales de la Administración previos a un contrato administrativo, que no forman un todo indivisible, sino que éstos son individuales y su vinculación e integralidad ésta dada por una concatenación natural de la secuencia formal y material en que éstos se desarrollan. Esta característica de los diversos actos integrantes del procedimiento licitatorio en atención a su autonomía y separabilidad, constituyen la condición material de la procedibilidad de su impugnación.

13. Dentro del procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, es necesario distinguir los actos jurídicos preparatorios que son actos administrativos en sentido estricto, de los actos meramente materiales que no podrían ser objeto de impugnación, tales como opiniones, consultas, etc., y que forman parte de la actividad material de la Administración que por sí mismos no tienen significación jurídica.

14. La legislación vigente en materia de adquisiciones y obras públicas, no señala en forma expresa cuáles son las etapas o fases que integran o componen el procedimiento de licitación pública, sin embargo, al analizar su contenido, es posible identificar éstos de acuerdo a la secuencia con la que se producen en el tiempo y su prelación lógica, de ésta forma podemos proponer como etapas o fases las siguientes: La convocatoria; la publicidad; las bases; la presentación de propuestas; la apertura de concurso; la evaluación; la adjudicación y la contratación.

15. Derivado del punto precedente, podemos afirmar que la licitación es un procedimiento administrativo relacionado con la formación de un vínculo jurídico, o mejor dicho relacionado con el modo de creación de ese vínculo jurídico, que se manifiesta en la producción del instrumento contractual. De esto se infiere que la licitación no es tampoco el contrato y viceversa. El contrato surge de la licitación, su celebración puede tener lugar por licitación y en consecuencia, por licitación pueden celebrarse contratos de toda clase.

16. La Constitución Política en su artículo 134, consagra como principio general a la licitación pública, en materia de contratación de adquisiciones de bienes y servicios y obras públicas, sin embargo, el propio texto constitucional señala que cuando las licitaciones no sean idóneas para asegurar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, las leyes establecerán los elementos para acreditar el cumplimiento de las condiciones descritas. Con ello se autoriza al legislador secundario para que regule los supuestos de excepción a la regla general.

De esta manera, el Capítulo Tercero del Título III de la Ley de Adquisiciones y el Capítulo Tercero del Título III de la Ley de Obras Públicas establecen la facultad para que las dependencias y entidades públicas puedan bajo su responsabilidad optar por un procedimiento de contratación al margen de la licitación pública. Lo que en la práctica cotidiana ha generado abusos por parte de las dependencias y entidades, que en ejercicio de esta potestad discrecional justifican la omisión de la licitación pública y escogen las vías del procedimiento de invitación restringida o el de la adjudicación directa.

17. El desarrollo del procedimiento licitatorio puede presentar vicios, es decir, contravenciones al orden jurídico, los que tienen consecuencias jurídicas, el artículo 15 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas abrogada establecía que los actos, convenios y contratos que las dependencias y entidades realizaran en contravención a la Ley, eran nulos de pleno derecho. Sin embargo, el acto viciado en el procedimiento licitatorio o el contrato irregular o defectuoso, no son nulos por la mera prescripción literal de la ley, sino que es necesario la revocación de su validez por la intervención judicial. Por lo que el efecto jurídico de la contravención, no es la declaración de la nulidad "ab initio" del acto viciado, sino en base en su atributo de anulabilidad, éste es declarado nulo por la autoridad competente.

18. En relación con lo anterior, todos los actos integradores de la licitación pública son anulables si no se realizan conforme a la normatividad aplicable, pero es necesario que el particular promueva su anulación ante la autoridad administrativa respectiva, la que tiene competencia de revocar su validez y reponer el acto o reencauzar el procedimiento.

La legislación vigente sobre la materia, adopta una mejor técnica legislativa y suprime la referencia de la nulidad de pleno derecho o de efectos "ab initio", y establece la nulidad del acto viciado como un resultado de la declaración de la autoridad competente, y sólo hasta que se dé esto, el acto será considerado nulo.

19. En este orden de ideas, el acto administrativo contrario a derecho, no solo plantea la posibilidad de su anulación, también la de exigirle responsabilidad al agente público autor de aquél, en términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

20. Consideramos que la fase pre-contractual del procedimiento licitatorio genera derechos y obligaciones para los participantes y la entidad pública, de ahí que si bien el oferente no tiene todavía la titularidad de la adjudicación del contrato, si tiene derecho a que la licitación pública se realice de conformidad con lo dispuesto por la normatividad, de lo que se deduce su derecho adjetivo para impugnar el o los actos que no estén apegados al principio de legalidad.
21. De esta manera, todos los actos administrativos que integran el procedimiento de licitación pública previos a la formalización del contrato, es decir, los que conforman la etapa pre-contractual pueden ser anulados o modificados por impulso de los oferentes o por intervención oficiosa de la autoridad administrativa.
22. Por último, consideramos que la anterior Ley de Adquisiciones y Obras públicas, regulaba el derecho a presentar inconformidades de manera más clara y precisa, toda vez que expresamente se concedía esta potestad a los particulares, para enderezarla en contra de actos pre-contractuales y contractuales. Actualmente la legislación de la materia refiere que las inconformidades pueden presentarse en contra de actos del procedimiento de contratación. En una interpretación restringida quedarían fuera los actos preparatorios de la voluntad contractual, sin embargo, consideramos que a pesar de ello, el derecho a inconformarse puede ejercerse en contra de los actos licitatorios y no sólo en contra de los técnicamente inherentes a la celebración del contrato.

BIBLIOGRAFIA

- 1) ACOSTA ROMERO, MIGUEL, Segundo Curso de Derecho administrativo, Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México 1993.
- 2) ACOSTA ROMERO, MIGUEL, Teoría General de Derecho Administrativo, Décimo Segunda Edición Actualizada, Editorial Porrúa, México 1998.
- 3) ALESSI, RENATO, Instituciones del Derecho Administrativo, Editorial Bosch, S:A., Barcelona 1970.
- 4) BERCAITZ, MIGUEL ANGEL, Teoría General de los Contratos Administrativos, 3ª. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990.
- 5) BIELSA, RAFAEL, Los Conceptos Jurídicos y su Terminología, Editorial Depalma, S.A., Buenos Aires, S.A. 1997.
- 6) BOQUERA, OLIVER, José M. Derecho Administrativo, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1972.
- 7) CANALS ARENAS, JORGE RICARDO, El Contrato de Obra Pública, Editorial Trillas, México 1991.
- 8) CARRIO, GENARO R. Notas sobre Derecho y Lenguaje, Editorial Depalma, S.A, Buenos Aires 1997.

- 9) DALLARI ADILSON, A., Aspectos Jurídicos de la Licitación, Editorial San Pablo, S.A., Juriscredi 1983.
- 10) DE BUEN LOZANO NÉSTOR, La Decadencia del Contrato, 6ª. Edición, Textos Universitarios, S:A., México 1993.
- 11) DICCIONARIO ESPASA-CALPE JURÍDICO, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1998.
- 12) DIEZ, MANUEL M. Derecho Administrativo, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires, 1965.
- 13) DROMÍ, JOSÉ ROBERTO, La Licitación Pública, Editorial Astrea, 5ª. Reimpresión, Buenos Aires 1994.
- 14) ENTRENA CUESTA, RAFAEL, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, S.A., Madrid 1974.
- 15) ESCOLA, HÉCTOR JORGE, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Editorial Astrea, S:A:, Buenos Aires 1977.
- 16) FAYA VISECA, JACINTO, Finanzas Públicas, Editorial Porrúa, S.A., México 1998
- 17) FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO, Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires 1981.
- 18) FIORINI, BARTOLOMÉ Y MATA, ISMAEL, Licitación Pública, Selección del Contratista Estatal, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1972.

- 19) GALÁN JIMÉNEZ, MANUEL, La Responsabilidad de los Servidores Públicos en los Procesos de Licitación del Gobierno, VI Conferencia Internacional Anticorrupción, SECOGEF, 1993.
- 20) GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México 1997.
- 21) GORDILLO, AGUSTÍN, A., El Acto Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983.
- 22) GORDILLO, AGUSTÍN A., Procedimientos y Recursos Administrativos, Editorial Mechisa, Buenos Aires 1971.
- 23) GRECA ALCIDES, La Licitación y el Privilegio en los Contratos Administrativos, Editorial Santa Fe, S.A., Buenos Aires 1950.
- 24) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S.A., México 1998.
- 25) HART, H.L., Una Visita a Kelsen, Cuadernos Universitarios, UNAM, 1980
- 26) JEZE, GASTÓN, Principios Generales del Derecho Administrativo, Editorial Depalma, S:A., Buenos Aires 1950.
- 27) KELSEN, HANS, Teoría Pura de Derecho, 7ª. Edición, UNAM 1993.
- 28) KELSEN, HANS El Contrato y el Tratado, Editorial Nacional, México 1985.

- 29) LÓPEZ ARRATIA, ALEJANDRO, El Proceso Presupuestario en México, Teoría y Práctica, Ed. INAP., México 1998.
- 30) LUTEZCO, GEORGES, Teoría y Práctica de las Nulidades, Editorial Porrúa; S.A., México 1994.
- 31) MAIER B.J., JULIO, Función Normativa de la Nulidad, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.
- 32) MARIENHOFF, MIGUEL S. Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires 1965.
- 33) MAYER, OTTO, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires 1949.
- 34) MERKL, ADOLFO, Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional, S.A. México 1980.
- 35) OLIVERA TORO, JORGE, Manual de Derecho Administrativo, 6ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- 36) PALLARES, EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- 37) POPPER, KARL, Lógica de la Investigación Científica, Editorial Tecnos, S.A., Colección Estructura y Función, Madrid 1981.

- 38) ROEHRSEN DI CAMMERATA. Los Contratos de la Administración Pública, Editorial Bolonia, S.A., Buenos Aires 1967.
- 39) SAYAGUES LASSO, ENRIQUE, La Licitación Pública, Montevideo 1940.
- 40) SERRA ROJAS, ANDRÉS, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México 1996.
- 41) VEDEL GEORGES, Derecho Administrativo, Traducción de la 6ª. Edición Francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
- 42) VITTA, CINO, Derecho Administrativo, Editorial Turín, 1948.

LEGISLACIÓN

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**
- **Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.**
- **Ley de Adquisiciones y Obra Pública.**
- **Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.**
- **Ley de Planeación.**
- **Ley Federal de Entidades Paraestatales.**
- **Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.**
- **Ley del Servicio de Inspección Fiscal de 1936.**
- **Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1966.**
- **Ley de Obras Públicas de 1980**
- **Ley de Inspección de Adquisiciones de 1965**
- **Ley de Inspección de Adquisiciones de 1972**

- Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública de 1980
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles.
- Reglamento de la ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles.
- Reglamento de la Ley de Obras Públicas.
- Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.