

Capítulo segundo. La naturaleza jurídica de la licitación pública . . . 47

 A. Orígenes y concepto de la licitación 50

 1. Orígenes de la licitación 50

 2. Concepto de licitación 53

 B. Ventajas y desventajas del procedimiento 55

 1. Ventajas 55

 a. La administración obtiene mejores condiciones 55

 b. Se protege a la administración de las colusiones entre
 contratantes y agentes administrativos 56

 c. Los funcionarios del poder público no pueden ser sospe-
 chosos de corrupción 56

 d. Fomenta la competencia 57

 e. Sistema de control 57

 2. Desventajas 58

 C. La licitación como procedimiento administrativo y sus moda-
 lidades 60

 1. La licitación es un procedimiento administrativo 60

 2. Modalidades de la licitación 61

 a. Sistemas comparativos 62

 b. Sistema mexicano 65

 D. Fundamento de la licitación pública 73

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

66. Al contrario de los particulares, que disponen de amplia libertad cuando pretenden adquirir, vender, arrendar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios, el poder público, para hacerlo, necesita adoptar un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido de conformidad con la ley. Tal procedimiento se denomina licitación.⁶⁶

Según Sayagués Laso,⁶⁷ los tratadistas de derecho administrativo poco han estudiado la licitación pública, y menos atención aún le han dedicado al problema concreto de su naturaleza jurídica, limitándose las más de las veces a la exposición y crítica de las disposiciones legales vigentes.

Asimismo, el maestro uruguayo desaparecido trágicamente expresa:

Y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema, han incurrido casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino una licitación pública determinada, o sea, la reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así, que siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que sólo cuadra con una legislación determinada.

67. En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación, según Adilson Dallari,⁶⁸ ésta tiene divergencias en la doctrina. Vamos a comentar las tres principales corrientes en que se agrupan los estudiosos del tema. La primera de ellas considera a la licitación como una figura de derecho financiero; las otras dos concuerdan en cuanto a su inclusión en el derecho administrativo.

⁶⁶ Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 265.

⁶⁷ Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, Acalí Editorial, reedición, con prólogo de Daniel Hugo Martins, de la tesis publicada en 1940, 1978, p. 37.

⁶⁸ Dallari, Adilson A., *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 3a. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1992, pp. 7 y ss.

Pero, mientras una la considera como un acto condicionado, la otra la clasifica como procedimiento administrativo.

68. La primera postura, prácticamente es seguida sólo en Italia, en donde la materia de la licitación pública es parte del derecho financiero, pues este instituto se encuentra regulado en el Codice dell' Amministrazione e della Contabilità Generale dello Stato; en efecto, aun y cuando en Argentina, aparentemente la licitación se encuentra enclavada en el derecho financiero, por encontrarse disposiciones sustanciales en la Ley de Contabilidad⁶⁹ (Decreto Ley Número 23.354/56) y en una serie de disposiciones dispersas, disponen además en ese país de un reglamento de contrataciones del Estado; así también, por ejemplo, era similar en Costa Rica, en donde la licitación pública estaba enclavada, antes de 1995, en la Ley de la Administración Financiera de la República, aun y cuando tienen su Reglamento de Contratación Administrativa.⁷⁰ En estos últimos países, se considera a la licitación como parte del derecho administrativo.

El hecho de tener esta disposición principal en normas financieras o de contabilidad, puede traer cierta confusión; en cambio, en algunos países se establece de manera independiente, por ejemplo en Venezuela con su Ley de Licitaciones, en España con su Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en Brasil con su Ley de Licitaciones, en Colombia con su Estatuto General de contratación de la Administración Pública.

69. En México, existe una clara distinción entre lo que es el derecho financiero y el derecho administrativo, dado que los asuntos inherentes a uno y otro reciben un trato legal y doctrinal, totalmente distintos.⁷¹

Por lo tanto, podemos concluir que la licitación es un instituto de derecho administrativo. El objeto de la licitación, o su resultado jurídico, no es una alteración patrimonial o financiera, sino pura y simplemente, es la elección de un contratante y por la administración. Se trata, por lo tanto, de algo precedente y preparatorio de un contrato. Ahora bien, como fase preliminar

69 Ale, Miguel Ángel, *Manual de contabilidad gubernamental*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1994, p. 169.

70 Romero Pérez, Jorge Enrique, *Los contratos del Estado*, 2a. ed., San José de Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 1993, p. 235.

71 Cfr., recientemente y con matices, Cortiñas-Peláez, León, "Tres maestros del derecho financiero", en Jiménez, Antonio (coord.), *Libro Homenaje a los profesores A. Cortina Gutiérrez, E. Flores Zavala y Sergio F. de la Garza González*, Guadalajara, Secretaría General de Gobierno del Estado de Jalisco y Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, 1995, pp. 357-425; igualmente de Cortiñas, "Administración financiera y derecho público mexicano (notas para una mediación crítica)", *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, núm. 4, 1998, pp. 115-150.

a una manifestación de la voluntad de la administración pública, o más propiamente como medio técnico-jurídico de la formación de la voluntad de la administración, claro está que la licitación solamente puede ser regida por el derecho administrativo. Resta ahora verificar en qué clase, entre los institutos de derecho administrativo, se puede encuadrar la licitación.

Algunos autores como Cretella Junior⁷² y Jèze,⁷³ consideran, siguiendo a León Duguit en su ya clásica terminología, a la licitación como un acto condición. Éste es un acto de atribución subjetiva, consistente en colocar a una persona determinada dentro de un estatuto preexistente reglas generales, que no la alcanzarían si el acto no fuera emitido.

En la licitación ocurre exactamente lo contrario. Ella no coloca a un individuo en una situación genérica y sí atribuye una situación individual, a alguien escogido entre un grupo de oferentes. Al iniciarse la licitación tenemos una categoría general de convocados y después, a su término, como su resultado jurídico, pasamos a tener un sujeto determinado contratado por la administración.

70. Por lo tanto, la licitación no es un acto condición, no sólo porque su objeto no es el del acto condición, sino incluso y simplemente porque *no es un acto y sí una serie de actos* interligados y destinados a la producción de un único resultado jurídico. O sea, la licitación encuadra en el concepto de procedimiento administrativo, pues exige sucesivas manifestaciones de voluntad, cada una expresada exactamente en las fases autónomas que anteceden al acto jurídico final al que se unen.

Sayagués Laso, autor de una de las monografías más renombradas hasta ahora existentes sobre el problema de la licitación pública, al examinar su naturaleza jurídica, refutando entre otros a Hauriou,⁷⁴ considera que la licitación no es ni un contrato ni un acto, y sí un conjunto de actos, concluyendo que se trata de un procedimiento relativo a la forma de celebración del contrato, con un doble objeto: elegir un contratante y establecer un contrato.

José Roberto Dromi distingue claramente entre el procedimiento pre-contrato y el contrato de la administración, y en este sentido expresa: el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual

72 Cretella Junior, José, *Dicionário de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Forense, 1978, p. 326.

73 Citado por Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 32.

74 Para Hauriou la adjudicación (licitación) es un contrato celebrado con publicidad y concurrencia. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 2a. ed., París, Recueil Sirey, 1927, p. 784.

(pre-contractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquélla con la voluntad del cocontratante; por lo que, debemos distinguir un procedimiento precontractual, previo al contrato, de formación o preparación del contrato y un procedimiento contractual o de ejecución.⁷⁵

De lo antes expuesto, resumen Nelly Arenas y María Dora Duque,⁷⁶ que los aspectos importantes de la licitación pública, son: que la propia institución no se confunde con un contrato, sino que es preliminar del contrato; que la adjudicación es otorgada por el agente público, competente para celebrar el contrato, a la persona que presente mejores condiciones; y el hecho de que la licitación determina la oferta más ventajosa, de donde surge la vinculación contractual al finalizar el procedimiento con la resolución de adjudicación.

A. ORÍGENES Y CONCEPTO DE LA LICITACIÓN

1. *Orígenes de la licitación*

71. La palabra “licitación” ha sido usada de manera confusa en nuestra legislación, ya que para referirse a ella se emplean como sinónimos las de “concurso” o “subasta”, las cuales resultan impropias desde el punto de vista jurídico, en cuanto que para el derecho, tales términos tienen una acepción diferente, como se verá más adelante.

Posiblemente la confusión radica en su origen etimológico y gramatical, ya que de acuerdo con el primero, licitación se deriva de la voz latina *licitationem*,⁷⁷ que es ablativo de *licitatio*, *Licitatio-Onis*, que significa “el ofrecimiento de precio en cualquier venta” o mejor “venta por lanzas”, “por oferta” o “venta en subasta”; y de acuerdo con lo segundo, consiste en la acción de licitar, palabra que es un verbo transitivo que quiere decir “Ofrecer precio por una cosa vendida en subasta”. *Subhastatio* significa, venta, almoneda, pública subasta.

La licitación, subasta y concurso tienen en común la existencia de una concurrencia u oposición de oferentes que tienen interés en que se les

75 Dromi, José Roberto, *La licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 70.

76 Arenas Archila, Nelly y Duque, María Dora, *Régimen legal de los contratos administrativos*, tesis de grado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1980, p. 73.

77 Salva, Vicente, *Diccionario Latino-Español*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1873, p. 476.

adjudique un contrato, con un origen común; pero constituyen figuras jurídicas de significado diferente; por ello, resulta incorrecto emplearlas como sinónimos.

72. Variadas son las denominaciones que la doctrina y la legislación le han conferido a esta institución. En Italia se le llama *asta pubblica*,⁷⁸ en España *subasta pública*, *subasta* y *concurso subasta*,⁷⁹ en Francia *l'adjudication*,⁸⁰ y en Brasil *licitação*.⁸¹

73. En cuanto al origen de la figura, éste es muy variado, ya que por un lado, Rondina⁸² señala que licitar en su sentido etimológico es sinónimo de subastar, y este término viene de los árabes, cuando vendían “sub-hasta”: bajo el asta o la lanza para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato o negocio.

Por otro lado, se dice que la licitación parece haber sido utilizada en tiempos remotos por los chinos, encontrándose la legislada en el Código de Hammurabi (año 2100 a.C.).⁸³

74. Lo cierto es que el procedimiento de la licitación pública, como medio de celebrar los contratos en que interviene el Estado, fue conocido en el derecho romano.⁸⁴ Desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista (el botín de guerra), ya en virtud de la condenación criminal de un ciudadano, ya en fin por el derecho de herencia, se vendían públicamente, a los mejores ofertantes. A este tipo de ventas se les conocía como *Bonorum sectio o venditio*. Llevaba también el nombre de *subhastatio*, de la lanza (hasta), símbolo de la propiedad de los quírites. En el lugar donde iba a verificarse la venta, se plantaba una *hasta*,⁸⁵ arma guerrera y a la vez insignia real. De ahí deriva el término de *subasta* con

78 Tabarrini, Agostino, *La Gara dell'Appalto Concorso*, San Marino, Maggioli Editore, 1987, p. 14.

79 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 4a. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1988, t. I, p. 655.

80 Laubadère, André de, *op. cit.*, p. 592.

81 Gasparini, Diógenes, *Direito Administrativo*, 3a. ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 308.

82 Rondina, Homero, *Contrato de obra pública y privada*, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, 1993, p. 171.

83 *Código de Hammurabi*, edición preparada por Federico Lara Peinado, Madrid, Editora Nacional, 1982, p. 96.

84 Maynz, Carlos, *Curso de derecho romano*, trad. José Pou, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1887, t. I, p. 756.

85 Guillén, José, *Vrbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. Religión y ejército*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1980, t. III, p. 419.

que, en muchos países de lengua castellana se designa al procedimiento de la licitación.

Más tarde se generalizó el régimen de la venta en *asta pública*, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales. Así lo establecía el Código de Justiniano, en su capítulo “*De subhastatione ob publice rationis necessitate*”.⁸⁶

También se aplicó el procedimiento de la licitación en la contratación de las obras públicas. Y puede afirmarse que tanto en el derecho romano como en los demás sistemas, han sido las obras públicas las que han contribuido a generalizar este instituto de garantías de los intereses del Estado.

Era el *censor*⁸⁷ la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas. La adjudicación se marcaba por tres instituciones esenciales: la fórmula del contrato (*lex censoria*), la subasta pública (*licitatio*), garantía personal y real (*praedes, praedia*).

En cuanto a la primera de ellas, resulta que la llamada *lex locationi o lex operis locandi* equivalía a nuestro pliego de condiciones, conteniéndose en ella la determinación concreta de la obra, forma y momento de los pagos; pero no se determinaba el precio, puesto que éste resultaría de quien ofreciera realizar la obra por cantidad más pequeña (*infima pretia*).

La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara y, en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El *censor* venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, o que estimara poco honorables o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores.

La adjudicación hecha al último postor (*auctio*) le daba naturalmente la propiedad romana de las cosas corporales que habían sido objeto del acto, y el *Pretor* había creado un interdicto particular de que podía disponer desde el acto mismo de la toma de posesión, *interdictum sectorium*.⁸⁸

75. Posteriormente en la Edad Media, en Roma y luego en casi toda Europa, se empleó la subasta “a mata candela” o “a vela y pregón”, pudiéndose recibir ofertas para alguna construcción de importancia mientras ardía una vela. La obra se adjudicaba al oferente de menor precio hasta el momento en que la vela se extinguía.

⁸⁶ Justiniani, *Corpus Iuris Civilis*, s.l.e., Augustae Taurinorum, 1782, t. II, Codicis lib. IV, tit. XLIV, núm. 16, p. 298.

⁸⁷ Mommsen, Theodor, *Disegno del Diritto Pubblico Romano*, 2a. ed., Milán, CELUC, 1973, p. 215.

⁸⁸ Gayo, *Instituciones*, edición bilingüe, coordinada por Francisco Hernández Tejero, Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 373.

En Francia en el siglo XVI, hay ordenanzas que prescriben la adjudicación al mejor precio para la ejecución de obras públicas o contratos de suministro. En la práctica, la adjudicación no siempre se realizaba; hubo entonces escándalos de corrupción, por el hecho de celebrarse contratos sin adjudicación.

En términos generales, la licitación pública se generalizó por Europa y se extendió al mundo, en el siglo XVIII y especialmente en el siglo XIX, cuando se empezaron a expedir una serie de leyes al respecto.

2. Concepto de licitación

76. En relación a su concepto, daremos varios sobre la licitación, empezando por aquella de Fermín Abella:⁸⁹ “entendemos por subasta, el contrato hecho con concurrencia y con el fin de obtener concurrentes en provecho de la parte que ha de proceder a la adjudicación, mediante las condiciones más ventajosas, o en términos más breves: contrato celebrado con publicidad y concurrencia”.

Lucía Valle señala:⁹⁰ “licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona sus proveedores, sus contratistas para obras o servicios, o finalmente enajena bienes”.

77. La licitación, desde el punto de vista del derecho administrativo, es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como cocontratante a la persona, física o jurídica, que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.

Pierre Wigny menciona que “es un acto administrativo unilateral, por el cual el funcionamiento que asegura la competencia, establece el contrato entre la persona pública y el licitador que presentó la oferta más ventajosa”.⁹¹

La licitación pública, en palabras de Serrano,⁹² “constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble

89 Abella, Fermín, *Tratado de derecho administrativo español*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 1866, t. II, p. 1208.

90 Valle Figueiredo, Lucía, “Licitación y administración indirecta”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núms. 25-26, enero-diciembre 1979, p. 134.

91 Wigny, Pierre, *Droit Administratif*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1962, p. 261.

92 Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo, *La contratación administrativa*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991, p. 38.

propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública”.

Finalmente daremos la definición de Sayagués Laso:⁹³

La licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.

78. Por lo tanto, de los conceptos anteriores, podemos concluir que, la licitación presenta las siguientes características:

1. Es un procedimiento, en virtud de que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
2. Ese procedimiento tiene como objetivo escoger a la persona, física o jurídica, con la cual la administración pública habrá de celebrar un contrato determinado. En este sentido, acota Canasí,⁹⁴ “no debe confundirse la licitación, que es un procedimiento tendente a la celebración de un contrato, con éste, que es un acto jurídico formalmente bilateral”.
3. La selección se hace sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas, para la administración pública.

Respecto a la última característica, algunos autores, señalan que la licitación es un procedimiento automático, ya que consideran que la elección del cocontrante se basa exclusivamente, en la simple determinación de la persona que ha ofrecido el precio más bajo.

⁹³ *Op. cit.*, p. 42.

⁹⁴ Canasí, José, “Carácter jurídico de la licitación pública en los contratos administrativos”, *La Ley*, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 115.

Si la licitación tiene como objetivo seleccionar al licitador que haya ofrecido las condiciones más convenientes para la administración, el precio más bajo dista mucho de representar las condiciones más convenientes.

La oferta más barata, en efecto, no siempre resulta ser la más conveniente, ya que en muchas ocasiones tal situación puede acarrear innumerables problemas para la administración pública y para la economía nacional.

B. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO

1. Ventajas

79. La licitación pública tiene un ascendente universal. Este tipo de procedimiento, la licitación, ha sido aceptado por la administración pública de los más diversos países, para la formalización de sus contratos administrativos.

Según los diversos tratadistas, esta figura tiene ventajas, las cuales vamos a comentar a continuación, previa expresión de Bonnin⁹⁵ en 1808:

Es mucho más ventajoso que la empresa y ejecución de las obras se haga por *adjudicación*: el sistema de adjudicaciones públicas tiene la incontestable ventaja de dejar el campo abierto a la industria de los ciudadanos, excitar la emulación y el talento, disminuir los gastos, facilitar la pronta ejecución de las obras, y evitar todo abuso, dilapidación o preferencia.

80. Las ventajas de la licitación, a decir de Gaston Jèze,⁹⁶ son:

a. La administración obtiene mejores condiciones

81. Si analizamos fríamente la institución, ésta tiene como ventaja o propósito principal, el que la administración pública obtenga las mejores condiciones disponibles, en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás características, según lo expresado por el propio texto constitucional, artículo 134, y ratificado en el artículo 30 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

⁹⁵ Bonnin, C. J. B., *Compendio de los principios de administración*, traducción de D. J. M. Saavedra, Madrid, Imprenta de Don José Palacios, 1834, p. 377.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 73.

En el mismo sentido se pronuncian Bielsa⁹⁷ y Silva Cencio,⁹⁸ ya que coinciden en que la obtención de precios más bajos por el Estado, es una ventaja de la licitación.

b. Se protege a la administración de las colusiones entre contratantes y agentes administrativos

82. A decir de Sayagués Laso,⁹⁹

con la licitación se busca ante todo sanear la administración, evitando colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requiere el funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados. Puesto que la administración está obligada a adjudicar la licitación al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros.

En ese mismo sentido, Saravia señala que la licitación quiere “evitar la colusión o la parcialidad de los representantes del poder administrador hacia determinados proponentes”.¹⁰⁰

c. Los funcionarios del poder público no pueden ser sospechosos de corrupción

83. Berçaitz¹⁰¹ señala que el principio fundamental de la licitación es el de “la moralidad administrativa, impidiendo, mediante la observación estricta de sus reglas, el favoritismo y el negociado. Sirve al buen funcionario para cubrirlo de la maledicencia y sirve contra el mal funcionario para impedir sus manejos dolosos”.

El tema de la corrupción en la administración pública sería prácticamente imposible cubrirlo en este trabajo, pero se ha escrito mucho acerca de él;

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 460.

⁹⁸ Silvia Cencio, Jorge, “Apuntes sobre el presente y futuro de la licitación pública”, *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo, Rosgal, 1979, t. I, p. 167.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁰ Saravia, Guillermo Alberto, “La licitación pública en los contratos administrativos”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, año VIII, núms. 3 y 4, julio-agosto de 1944, p. 377.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 324.

incluso en una obra clásica de Gaston Jèze,¹⁰² ya se hacía referencia a la corrupción de funcionarios que participan en la licitación.

d. Fomenta la competencia

De hecho la propia licitación estimula la competencia entre los industriales o empresarios que están en condiciones de contratar con la administración pública, ya sea vendiéndole bienes y servicios o ejecutando, para ella, obras públicas.

e. Sistema de control

84. La licitación permite un mejor sistema de control, tanto por parte de la administración de los fondos públicos, como por parte de los particulares, ya que determinan previamente los aspectos a evaluar y controlar del procedimiento administrativo, así como a decir de Benavides¹⁰³ crea un sistema de control recíproco entre los concurrentes, constituyendo un freno a la discrecionalidad de los funcionarios públicos, para adjudicar contratos.

Por lo tanto, la administración pública está en condiciones de escoger, dentro del mayor número de interesados, al proponente que, teniendo en consideración sus condiciones técnicas y morales, se encuentre en mejores condiciones para cumplir el contrato administrativo y haya presentado una propuesta más conveniente a los intereses del Estado.

Por otra parte, la consideración de todos los proponentes en un pie de igualdad, evita así, que por favoritismo, interés o dádivas, se formalicen contratos administrativos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado.

El hecho de que toda propuesta deba ajustarse al pliego de condiciones y trámites exigidos por la legislación, y de que todos y cada uno de los licitadores puedan ejercer su fiscalización, hasta el momento de la formalización del contrato administrativo, son requisitos decisivos para la seriedad del acto contractual, el cumplimiento fiel de todas las formalidades y muy especialmente, para evitar la complicidad o la parcialidad de los funcionarios del gobierno hacia determinados particulares.

102 Jèze, Gaston, *Cours de Science des Finances*, París, Marcel Giard Éditeur, 1922, p. 177.

103 Benavides, Víctor Leonel, "Algunas consideraciones sobre la licitación pública en Panamá", *Anuario de Derecho*, Panamá, año XII, núm. 13, 1984, p. 12.

2. Desventajas

85. Pero no todas son ventajas en las licitaciones públicas, ya que también se presentan desventajas. Aun las ventajas enunciadas, son menos claras que a primera vista.

Rafael Bielsa¹⁰⁴ nos dice al respecto que: no debemos olvidar que a veces sus ventajas son más aparentes que reales. En efecto, teniendo la licitación por objeto la adjudicación al que ofrece la construcción al menor precio, ella puede ser lograda por un proponente poco serio y que luego resulta más o menos inconveniente. Poco importa que contra él se ejercite el poder de aplicar multas y aun de rescindir el contrato.

Es cierto que, formalizándose el contrato administrativo por licitación, se hace difícil la audición con los particulares y la elección de propuestas inconvenientes. Pero aun cuando el procedimiento de las licitaciones esté bien reglamentado, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas.¹⁰⁵

La licitación no evita siempre el favoritismo oficial si hay complicidad de los funcionarios públicos.¹⁰⁶ Así, por ejemplo, si se trata de un contrato administrativo de obra pública puede existir una connivencia entre un proponente y los representantes de la administración pública, con el objeto de modificar la obra; así, por ejemplo, después de adjudicada y ya puesta en marcha, va aumentándose, en tal forma, la misma, para que compense la reducción excesiva del precio de la propuesta.

Además, no siempre la concurrencia produce una baja en los precios, sino por el contrario, un alza en las cotizaciones, al conocer los interesados las necesidades de la administración pública.

Puede ocurrir, también, dentro de este orden de desventajas, que se presente a la administración pública una propuesta de ocasión, sumamente ventajosa, que deba dejarse perder por causa del tiempo que demandan los trámites de toda licitación y no estar el interesado en condiciones de esperar.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 460.

¹⁰⁵ Sin intención de enunciar todas las artimañas a que puedan recurrir los funcionarios públicos inescrupulosos, basta señalar que es posible redactar las condiciones de tal manera, que sólo la persona a quien se quiere favorecer, quede en condiciones de presentar ofertas admisibles.

¹⁰⁶ Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁷ Esta desventaja surge con intensidad respecto de los organismos que constituyen el ramo industrial y comercial del Estado.

Hay que considerar también, y este argumento sólo tiene fuerza respecto de los organismos públicos industriales, comerciales o de servicio, que compiten con empresas privadas, que la publicidad está unida a toda licitación, y permite a éstas conocer los costos de adquisición de aquéllas, colocándolas en situación de evidente superioridad en la lucha por la conquista del mercado.

86. Jacobo Wainer sintetiza las principales desventajas que se han detectado en contra del procedimiento de la licitación, las cuales son las siguientes:

1. Se habla de que las licitaciones crean un monopolio porque se establece entre los concurrentes a las licitaciones, en muchos casos, una inteligencia, de tal manera que no se puede competir con ellos.
2. Ese entendimiento evita la competencia que debe producirse (como lo quiere el Estado) entre los proveedores, al no existir un verdadero juego entre la oferta y la demanda.
3. Trae, en muchos casos, la deshonestidad, porque la potencialidad de ciertos particulares hace que se pueda vencer, en algunos casos, la escrupulosidad de los funcionarios públicos.
4. Los trámites son excesivamente burocráticos; se tornan largos y estropean la eficacia de un buen sistema de compras.
5. Se encarece el artículo, la obra o el servicio por el retardo en la provisión o en la ejecución y por los gastos de trámites, control, impuestos, sin contar, además, las fluctuaciones de los precios, en ciertos casos pues cuando son en desventaja del Estado, los proveedores exigen que el contrato administrativo sea cumplido en favor suyo.¹⁰⁸

A pesar de las objeciones referidas, no es posible desconocer las ventajas que en la práctica ha evidenciado el sistema.

Así se explica su aceptación en los diferentes países y el incremento que ha adquirido en los últimos tiempos, con el aumento progresivo de las necesidades públicas.

Es por ello que no se debe, con el pretexto de esas desventajas, hacer desaparecer el procedimiento de la licitación pública. El legislador debe perfeccionarlo subsanando sus deficiencias, especialmente en el pliego de

108 Wainer, Jacobo, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1939, p. 32.

condiciones, que tanta importancia reviste para el procedimiento, ya que él ha de constituir la base del futuro contrato administrativo.

En la legislación se debe fijar que los principios de un buen procedimiento de licitación pública estén reflejados en este pliego. Se asegura así que el sistema se mantenga como una necesidad bien definida y capaz de adaptarse a las distintas actividades del Estado.

C. LA LICITACIÓN COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SUS MODALIDADES

1. *La licitación es un procedimiento administrativo*

87. Hemos visto que la licitación no es un contrato. Que tampoco es un acto en sí mismo; sino más bien es un conjunto de actos que componen un *procedimiento*.

Así es, pues la licitación pública constituye un procedimiento administrativo, una sucesión de actos conexos y tendentes a un mismo fin, de los cuales unos dependen de otros, de tal manera que la exigencia regular del antecedente es una condición indispensable de lo que sigue. Ocurre, por así decirlo, un encadenamiento de actos en que la validez del acto final se encuentra en dependencia de la regularidad jurídica de aquellos que le anteceden.

Este *procedimiento administrativo* es un mecanismo legal y técnico por medio del cual la administración investiga, o sea, trata de obtener las mejores condiciones de idoneidad, conveniencia y capacidad en la prestación de servicios, en la realización de las adquisiciones y en la ejecución de las obras públicas. Permite una competencia libre e igual. La selección recae en el licitador más idóneo y que ofrece la mayor ventaja. La licitación se compone de una serie de actos sucesivos, todos interligados y tendentes al mismo fin: la realización del contrato administrativo.

Según Dromi, la licitación pública no sólo es un procedimiento administrativo específico, sino que para él existe todo un procedimiento administrativo de contratación,¹⁰⁹ integrado por una serie de actos, hechos, reglamentos y simples actos en que se desenvuelve la función administrativa, o sea la actividad estatal residuaria, ejercitable por los tres órganos del

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 69.

poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que desde el punto de vista técnico, material y orgánico, no son específicamente actividad gubernativa, legislativa o jurisdiccional.

De lo expresado, podemos concluir, con el autor argentino, que la selección del cocontratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, subasta, remate o concurso) no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples operaciones de la administración, que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada.

El procedimiento de contratación administrativa se manifiesta a través de las siguientes etapas técnico-jurídicas:¹¹⁰

a) Etapa preparatoria de la autorización para contratar (en nuestro país, según la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en su artículo 24, fracción II, relativo a las adquisiciones, se señala que las dependencias y entidades deberán establecer comités de adquisiciones, que tendrán por objeto “dicaminar sobre la procedencia de celebrar licitaciones públicas”).

b) Determinación del presupuesto. El propio artículo 29 de la referida Ley, en su parte primera, señala 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 saldo disponible, dentro de su presupuesto aprobado, en la parte correspondiente.”

c) Elección del cocontratante por un procedimiento específico: licitación pública, licitación privada, contratación directa, subasta, concurso, etcétera.

d) Adjudicación.

e) Perfeccionamiento del contrato.

2. Modalidades de la licitación

88. Las modalidades existentes en México no son las únicas. Encontramos en la legislación extranjera, que existe un gran número de procedimientos licitatorios para seleccionar la propuesta que ofrezca la mejor calidad, precio, financiamiento y oportunidad, procedimientos tendientes única y exclusivamente a seleccionar la mejor oferta.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

La posibilidad de crear modalidades de la licitación, como un término genérico constitucional, para seleccionar a un contratista, es bastante grande; basta que se observen los principios aplicables a la especie y se conjuguen en el procedimiento, las fases o los elementos más aptos para favorecer el fin considerado por la administración pública.

Dentro de una división técnico-jurídica, Buscema¹¹¹ ha clasificado a las modalidades de la contratación como una división en dos grupos: los del tipo “mecánico” y los de tipo “negociado”. Son modos mecánicos la licitación pública y la licitación privada; son negociados el concurso y la adjudicación directa.

Antes de analizar, los diversos sistemas de licitación del Estado que subsisten en México, comentaremos brevemente los diversos sistemas que existen en derecho comparado.

a. Sistemas comparativos

89. En Italia existen tres modalidades: la primera es la llamada *pùbblico incanto* o *asta pùbblica*, que en el fondo es la licitación pública; la segunda es la *licitazione privata*, semejante a la anterior, pero restringida; y la tercera es el *appalto concorso*, utilizado en los casos en que el contratante deba tener especial competencia técnica, científica o artística.

En Francia, debemos hacer una distinción primero, entre los contratos cuyo factor principal es la persona contratante (y por lo tanto, no hay licitación), y los contratos en los cuales predominan las condiciones de suministro o ejecución. En estos contratos, *marchés*, la elección del contratante se hace por licitación, que admite dos modalidades principales: *l'adjudication* y *L'Appel d'offres* y una forma excepcional: *marchés de gré à gré*.

En el caso de *l'adjudication*, puede ser de dos tipos: *l'adjudication publique ouverte* (licitación pública abierta, en donde se elige basado en el criterio del precio más ventajoso) y *l'adjudication restreinte* (cuando la administración hace una selección previa de proponentes y abre una licitación entre los seleccionados).

En la hipótesis de *L'Appel d'offres*, el Code des Marchés Publics de Francia, señala en sus artículos 93 y siguientes, que *L'Appel d'offres*

¹¹¹ Buscema, Angelo y Buscema, Salvatore, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Padua, CEDAM, 1987, p. 238.

(modalidad de la licitación destinada a escoger la propuesta más conveniente, considerándose otros elementos además del precio) puede ser *ouvert*, cuando un candidato remite una oferta o *restreint*, cuando un candidato remite una oferta de un contrato, siempre y cuando haya consultado previamente las condiciones de la administración. Laubadère¹¹² señala que *L'Appel d'offres* puede ser *ordinaire, avec concours y collectif*.

Finalmente la adjudicación directa es llamada en la legislación francesa: *marchés négociés* o en la doctrina *marchés de gré à gré*.

En España, la nueva Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, distingue entre adjudicación del contrato de obras, la que podrá ser a través de subasta, concurso-subasta, concurso y contratación directa; adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos mediante concurso o contratación directa; y el contrato de suministro, que se adjudicará mediante concurso o contratación directa.

La subasta se equipara a una licitación pública abierta; el concurso-subasta es una licitación pública restringida, en donde las empresas interesadas previamente, son admitidas.

Aunque la Ley no define al concurso, éste se equipara a la licitación, para el caso de la gestión de servicios públicos y para el suministro, mas no es así en el caso del contrato de obras, que se usa alternadamente con la subasta y supone un procedimiento excepcional.

En Portugal, la administración no hace propuestas de contrato: las recibe. La elección del contratante puede hacerse por ajuste directo o por concurso. En el primer caso, siempre que sea posible, deberá consultarse por lo menos a tres eventuales contratantes; en el segundo, es público el procedimiento.

En Argentina, existen tres tipos de licitaciones: la pública, la privada y la restringida; en la licitación pública, el número de oferentes o licitadores no tiene limitación; en la privada, sólo pueden intervenir las personas "invitadas" al efecto por la administración; en cambio, en la licitación restringida es aquella en que únicamente pueden intervenir personas que reúnan ciertas condiciones de idoneidad especialmente requeridas.

En la República Oriental del Uruguay, la Ley de Contabilidad y Administración Financiera (Decreto Número 95/991 de 26 de febrero de 1991) contempla en su articulado, los sistemas de celebración de contratos del Estado, teniendo como regla general a la licitación pública y como excepciones: a la licitación abreviada, cuando el monto de la operación no exceda

112 *Op. cit.*, t. I, p. 635.

de N\$40'000,000.00 (cuarenta millones de nuevos pesos) o directamente, cuando el monto de la operación, no exceda de N\$2'000,000.00 (dos millones de nuevos pesos).

En Brasil, la Ley Federal Número 8.666, de 21 de junio de 1993, llamada Lei de licitações e Contratos Administrativos, señala, en su artículo 3, la regla general de la licitación, para que el Estado pueda contratar; asimismo, más adelante (artículo 22) señala las modalidades de la licitación: *concorrência* (con una fase inicial de habilitación o calificación de proponentes); *tomada de preços* (modalidad de licitación entre interesados debidamente registrados); *convite* (invitación a interesados de un ramo específico, debiendo invitarse cuando menos a tres); *concurso* (cualquier interesado que se base en su trabajo técnico, científico o artístico) y *leilão* (cualquier interesado que compre bienes inservibles de la administración).

La Ley de Licitaciones de Venezuela contempla a la licitación general (pública) y a la licitación selectiva (artículos 4o. y 5o.), como sistemas totalmente abiertos y restringidos; asimismo contempla utilizar la adjudicación directa, bajo determinadas circunstancias.

En Colombia, la Ley de Contratación Administrativa de 1993, contempla como forma de escoger al contratista: a la licitación o concurso públicos, y en calidad de caso de excepción, a la contratación directa.

En Costa Rica, la Ley de Contratación Administrativa de 1995 (que en parte de su articulado, en 1998, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, en acción iniciada por Jorge E. Romero Pérez) regula la licitación pública, la licitación por registro y la licitación restringida, que se distinguen sustancialmente por el monto del presupuesto autorizado al ente administrativo y por reglas particulares, a cada sistema.

Finalmente, en el caso de los Estados Unidos de América¹¹³ existen dos leyes que reglamentan la Contratación Federal: la *Federal Property and Administrative Services Act* de 1949 y la *Armed Services Procurement Act* de 1947. La primera Ley tiene un Reglamento que es el *Federal Acquisition Regulation* (FAR), el cual contempla la posibilidad de elegir al cocontratante a través de la licitación (*bidding*); y en la segunda Ley, que es militar, sólo se contempla la adjudicación directa.

113 Healy, Timothy, *Government Contracting Manual*, New Jersey, Prentice Hall, 1990, p. 268.

b. Sistema mexicano

90. Si nos atenemos al principio constitucional de que “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”, entonces encontraremos dos principios: que la regla general de contratación del Estado mexicano es la licitación pública, principio ya expresado en nuestra Ley en el artículo 30; y el otro principio es que la invitación restringida, la subasta o remate de bienes, el concurso y las licitaciones internacionales son modalidades de la licitación pública.

A continuación se analizarán los distintos procedimientos que existen para efectuar la selección del contratista, en nuestro país.

1) Por subasta o *remate*

91. Es un procedimiento automático por medio del cual se selecciona como cocontratista, al particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas para el Estado.¹¹⁴

Este procedimiento normalmente se utiliza para la venta forzada de bienes por la autoridad, para satisfacer una obligación, siendo sinónimos los términos subasta, remate y almoneda.

La figura de la subasta pública o remate público, si bien tiene vigencia en el derecho administrativo, ha tenido más desarrollo en el derecho privado. Nuestro Código de Comercio establece el remate, como venta de los “bienes embargados” (artículo 1408) o venta de los “bienes secuestrados” (artículo 1410), previa sentencia de remate.

92. En el derecho civil, el uso del término es mucho más frecuente; así, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el título séptimo, capítulo V, sección III, denominado “De los remates”, el artículo 564 señala: “Toda venta que conforme a la Ley deba de hacerse en subasta o almoneda, se sujetará a las disposiciones contenidas en este capítulo...”.

El propio ordenamiento en múltiples artículos habla de remate (565, 571, 576, 578, 579, 584, 588 y 591) y en otros tantos, habla de subasta (567, 570, 574, 575, 578, 582, 583, 584 y 597); pero, más aún en el artículo 585

¹¹⁴ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1992, vol. II, p. 76.

equipara el remate o subasta a la licitación, y en los artículos 574, 580 y 583 utiliza la palabra “licitadores”, como sinónimo de “postores”.

En la subasta o remate —*lato sensu*—, que como ya dijimos consiste en la venta de bienes, en público, al mejor postor, no hay selección de concurrentes: concurre quien desee hacerlo; lo contrario acaece en materia de licitación; por otro lado, si bien es cierto que en la subasta y en la licitación coinciden características, y que las dos figuras pueden serlo de derecho público, en la primera hipótesis (subasta), la administración vende y desea deshacerse de algo; en el segundo caso (la licitación), la administración o la sociedad requieren de bienes o de la ejecución de obra pública.

93. De lo dicho anteriormente, inferimos que la legislación emplea los vocablos de manera imprecisa, desde el propio texto constitucional (artículo 134), como en la Ley General de Bienes Nacionales, cuyo artículo 62, señala que la enajenación de bienes inmuebles de dominio privado se hará en “subasta pública”; pero, la propia Ley en su artículo 79, señala que la enajenación de muebles de dominio privado se hará mediante “licitación pública”; podemos suponer que el texto usa los términos como sinónimos o simplemente, utiliza un procedimiento para vender los bienes inmuebles de la Federación y otro procedimiento para vender los muebles.

En conclusión, es necesaria una reforma a nuestra Legislación,¹¹⁵ para llamar adecuadamente a las cosas, pues es inaceptable usar como sinónimos a *subasta* y *licitación*, ya que, entre otras cosas, en la *licitación* es esencial la idoneidad moral, técnica y económica, del licitador u oferente; en el *remate* o *subasta* se prescinde de ello y, por regla general, sólo se atiende al mejor postor. Extender el uso de los vocablos “remate” y “subasta” para utilizarlos como sinónimos de “licitación” es pues, equivocado.

Las características de la subasta son que constituye un acto público, un llamado a una concurrencia indiscriminada, con previa publicidad, con base estimada o sin ella, en favor del precio más alto que se ofrezca.

2) *Por concurso*

94. Es un procedimiento de selección sobre la base de un llamado abierto o cerrado, en el cual se ponderan los distintos valores, proyectos o merecimientos de los competidores en la adjudicación, la cual se determina en función del más conveniente, técnica, financiera o artísticamente, jugando

¹¹⁵ *Infra*, véase nuestro capítulo octavo.

un factor personal preponderante y una mayor facultad discrecional de la administración, lo que desaparece en la licitación, por la objetividad y la automaticidad del costo menor en dinero, en tiempo y en especie, de esta última.

Para Miguel Acosta Romero, siguiendo el criterio de nuestra anterior legislación, que en mi opinión no era el más adecuado, el concurso en relación con las obras públicas

consiste en la convocatoria a los particulares especializados en la construcción de determinadas obras, para que presenten proposiciones, estudios, especificaciones y costos, y garanticen su seriedad mediante depósitos y fianzas, a efecto de que en una ceremonia pública se abran los sobres cerrados que contengan las proposiciones o policitaciones, las que una vez analizadas por las autoridades, se adjudica al contratista que reúna las mejores condiciones, especificaciones, de tiempo, precio y demás elementos.¹¹⁶

En mi opinión, el “concurso” es algo totalmente distinto a “licitación” y a “remate”. En este orden de ideas, el “concurso” es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. Dice Marienhoff¹¹⁷ que, aunque gramaticalmente se extiende el significado de “concurso”, al llamamiento que se hace a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Para el tratadista argentino, el término jurídico preciso es “licitación”, no “concurso”.

Creemos que, mientras en la licitación se elige una propuesta, en el concurso se selecciona a una persona, de acuerdo con sus cualidades o antecedentes, o sea, cuentan preferentemente las condiciones personales del candidato; en cambio, en la licitación el factor “personal” no es decisivo.

3) *Por licitación pública*

95. Como ya hemos visto, la licitación pública es un procedimiento de selección del cocontratante de la administración, donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a

¹¹⁶ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 5a. ed., México, Editorial Porrúa, 1983, p. 423.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 188.

la misma, todas aquellas personas que, de acuerdo con la legislación vigente, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate.

El artículo 28 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, señala que uno de los procedimientos para contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como obra pública, es la licitación pública, que la propia Ley ha establecido como regla general, en el artículo 30.

La licitación pública puede ser consolidada (artículo 26), a decir del texto legislativo, se referirá dicha licitación sólo a bienes y servicios de uso generalizado que requieran las dependencias y entidades, ya sea de manera conjunta o separada; esto es, por ejemplo, si en un momento determinado dos o más dependencias requieren la compra de papelería y artículos de escritorio, pueden llevar a cabo una sola licitación, aun y cuando la convoquen esas dos dependencias.

El objetivo de tal licitación, a decir de Lucero,¹¹⁸ “estriba en evitar que continuamente se estén efectuando compras de los mismos productos, y ejercer de una manera adecuada el poder de compra del sector público”; vale señalar que, en materia de adquisición de bienes que requiere el sector salud del gobierno federal, esta modalidad de la licitación ha sido muy útil.

La propia Ley señala que las licitaciones públicas pueden ser de dos tipos: nacionales o internacionales:

96. a) *Nacionales*. El artículo 31 distingue: tratándose de adquisiciones, arrendamientos y servicios, se consideran licitaciones públicas nacionales, aquellas en las que se den dos hipótesis:

Primera. Cuando únicamente puedan participar personas de nacionalidad mexicana. De conformidad con la Constitución (artículo 30), puede haber mexicanos por nacimiento o por naturalización; son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio nacional sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre o madre mexicano, nacido en territorio nacional;
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre o madre mexicano por naturalización; y

118 Lucero Espinosa, Manuel, *La licitación pública*, México, Porrúa, 1993, p. 96.

IV. Los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercante.

Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización; y
- II. La mujer o varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con la Ley.

Todo lo que hemos expresado se refiere a las personas físicas; ahora bien, en cuanto a las personas morales, éstas son de nacionalidad mexicana, cuando se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal. En materia de sociedades, deberá cumplirse, para su constitución, con el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera, para precisar la condición de los socios, en caso de haber extranjeros.

Segunda. Cuando los bienes a adquirir cuenten, por lo menos, con un 50% de contenido nacional.

¿Qué quiere decir esto? Que respecto de algún bien, en su proceso de producción o fabricación, la materia prima de la que está compuesto o integrado, sea en su mayoría de producción nacional, y no sean materias primas importadas.

En este sentido, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, escuchando la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, ha establecido un procedimiento para determinar el grado de integración nacional de los bienes que se oferten; asimismo, dicha Secretaría determinó los casos en que no es exigible el porcentaje de contenido nacional, ya señalado.¹¹⁹

En materia de obra pública, se consideran licitaciones públicas nacionales, cuando únicamente puedan participar personas de nacionalidad mexicana.

Finalmente la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, señala que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, tomando en cuenta la opinión

¹¹⁹ Acuerdo de la Secretaría, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de noviembre de 1994.

de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, determinará los casos, adicionalmente, en que las licitaciones sean de carácter nacional en razón de las reservas, medidas de transición y otros supuestos establecidos en los tratados internacionales.¹²⁰

b) Internacionales

97. Las licitaciones internacionales, según Dora Paula Winkler, tienen que ser interpretadas según “la realidad económica” y el factor de “promoción” y “protección”, ya que en las licitaciones internacionales, no se trataría de promover la cotización de oferentes nacionales en licitaciones internacionales, sino de proteger a quienes compitan con los extranjeros.¹²¹

Podemos decir que es muy discutible su punto de vista, pero sí es cierto que la licitación internacional trae algunos inconvenientes, entre ellos, a decir de Justen Filho,¹²² “la equalización” de condiciones y propuestas (según él significa reducir todas las propuestas a un mismo denominador para permitir su comparación), los costos indirectos y el problema del pago en moneda nacional.

Casella¹²³ señala que las licitaciones internacionales no son privativas del derecho público, ya que también pueden ser utilizadas en el derecho privado.

Lo cierto es que nuestra legislación define a las licitaciones públicas internacionales como aquellas en materia de adquisiciones en que participen personas de nacionalidad mexicana o extranjera, y donde los bienes a adquirir sean de origen nacional o extranjero.

En materia de obra pública, lo serán aquellas en donde puedan participar tanto personas de nacionalidad mexicana como extranjera.

98. Para que se efectúe una licitación internacional será necesario, de acuerdo con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que tenga como fundamento los siguientes cuatro criterios:

1. Cuando sea obligatorio conforme a los tratados.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ Winkler, Dora Paula, “El régimen general de las licitaciones internacionales”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1989, p. 860.

¹²² *Op. cit.* 236.

¹²³ Casella, José, Raquel Chojkier y Alejandro Dubinski, *Régimen de compras del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 141.

2. Cuando no exista oferta o capacidad nacional suficiente.
3. Cuando sea conveniente por su precio.
4. Cuando sea obligatorio por la fuente de financiamiento externo.

Los veremos a continuación.

1. Cuando sea obligatorio conforme a los tratados

99. De acuerdo con el artículo 2o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se considera a éstos como,

el Convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Ya hemos dicho que el tratado más importante que tenemos es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que contempla tres tipos de licitaciones:

Primero. *Licitación abierta*. Es aquella que se lleva a cabo, sustancialmente, con las siguientes características:

- Existe una convocatoria abierta a cualquier participante, de las partes, ya sea Canadá, Estados Unidos o México.
- Existen bases de licitación que tendrán que ser entregadas a los participantes.
- Se establece plazo, para la recepción de ofertas por la convocante, el cual no debe ser menor de 40 días.
- Se permiten ofertas transmitidas por télex, telegrama, telefacsímil o cualquier otro medio de transmisión electrónica.

Segundo. *Licitación selectiva*. Este tipo de licitación es igual que la anterior, con una sola diferencia sustancial: la entidad convocante sólo invita a participar a aquellos proveedores que se encuentren en una lista de la entidad, que previamente hayan sido calificados.

Tercero. *Licitación restringida*. Es aquella que se lleva a cabo sin cumplir con los requisitos de la licitación abierta y adjudicando directamente en los siguientes casos:

- En ausencia de ofertas, en respuesta a una convocatoria de licitación abierta o selectiva.
- Cuando se trate de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos.
- Cuando existan razones de extrema urgencia.
- Cuando se trate de entregas adicionales del proveedor inicial.
- Cuando una entidad adquiera prototipos.
- Para bienes adquiridos en un mercado de productos básicos.
- Para compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables.
- Para contratos que serán adjudicados al ganador de un “concurso” de diseño arquitectónico.
- Cuando una entidad requiera de servicios de consultoría, relacionados con aspectos de naturaleza confidencial.

2. Cuando no exista oferta o capacidad nacional suficiente

100. Preceptúa la Ley que se podrá celebrar una licitación pública internacional, cuando no exista oferta en cantidad o calidad de proveedores nacionales o los contratistas nacionales no cuenten con la capacidad para la ejecución de la obra de que se trate; todo esto previa investigación de mercado que efectúe la dependencia o entidad convocante.

3. Cuando sea conveniente por su *precio*

101. Aunque la norma sólo señala que se podrá celebrar esta licitación, “cuando sea conveniente en términos de precio”; suponemos que los precios nacionales de los productos o los costos de la obra pública, son muy altos, previa investigación del mercado, que se lleve al efecto.

4. Cuando sea obligatorio por la fuente de financiamiento externo

102. Es común que organismos internacionales o bancos públicos o privados otorguen créditos al gobierno mexicano o a las dependencias y

entidades de la administración pública, en estos casos con garantía o aval del gobierno federal, para llevar a cabo adquisiciones especiales o ejecutar alguna obra pública específica.

En este tipo de licitaciones, nos enfrentamos a dos requisitos:

- Que se dé cumplimiento cabal a lo establecido por la Ley General de Deuda Pública.
- A lo que llama Barbosa, el cumplimiento estricto de las reglas y condiciones del empréstito, evitando su variación conforme a las normas y políticas del organismo financiador.¹²⁴

Finalmente, la Ley señala en materia de licitaciones públicas internacionales, que se podrá negar la participación de proveedores o contratistas extranjeros, cuando con el país del cual sean nacionales, no se tenga celebrado un tratado o ese país no conceda un trato recíproco a los proveedores o contratistas o a los bienes y servicios mexicanos.

4) *Por invitación restringida*

103. Este procedimiento de selección lo comentaremos en el próximo capítulo, cuando hablemos de las excepciones a la licitación pública, ya que de eso se trata.

D. FUNDAMENTO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

104. Nuestro derecho administrativo se presenta en un sinfín de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, circulares, planes, etcétera; muchas veces, esta constelación jurídica no es idónea, ya que no existe una perspectiva lógica y racional, ni en la planeación ni en la legislación.

Lo anterior, aunado a la inexistencia de sistematización, trae consigo la complejidad legislativa que junto con la improvisación, dan como resultado la ineficiencia normativa.

La función de la administración pública, por su dinámica propia que ante todo debe ser oportuna y eficiente, impone en su marco legal, cambios continuos y convenientes, procurando su unificación lo más rápido posible.

¹²⁴ Barbosa Rigolin, Iván, *Manual Prático das Licitações*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 221.

Como ya hemos dicho, por decreto del 27 de diciembre de 1982, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, al día siguiente, se reformó el artículo 134 constitucional, para quedar hasta hoy como sigue:

Artículo 134. 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 sujetarán 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.

105. El artículo 134 constitucional, en parte, se reformó ante la necesidad de ajustarlo a la anterior Ley de Obras Públicas (en lugar de ser al contrario), y en parte para ampliarlo a toda la contratación de la administración pública federal y del Distrito Federal; introduciendo además, la nueva terminología de servidores públicos dentro del concepto de renovación “moral”.

Eduardo Andrade Sánchez,¹²⁵ define algunos conceptos que contiene el nuevo texto del artículo 134 constitucional.

Eficacia, se entiende como la obtención del resultado práctico deseado, existiendo una vinculación entre eficacia y eficiencia.

125 Andrade Sánchez, Eduardo, “Comentarios al artículo 134 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 335 y ss.

Honradez, atendiendo a la denominada renovación moral, se entiende como el evitar la corrupción, y el cumplir escrupulosamente los deberes profesionales, actuando rectamente los servidores públicos.

La idoneidad del gasto se refiere a la adecuación del empleo de los recursos económicos que se administran, con los objetivos que se persiguen.

Eficiencia, se entiende como la virtud administrativa, consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible, de los medios existentes o dicho de otra manera: obtener el fin, al menor costo posible.

El segundo párrafo del comentado artículo 134 constitucional, amplía el concepto original, abarcando todos los tipos de contratos que realice la administración pública federal y del Distrito Federal. El problema radica, por un lado, en que no existe una ley reglamentaria de dicho artículo, y por el otro, las leyes que de alguna manera lo regulan, no están unificadas y tampoco norman, por consiguiente, toda la posible gama de contratación.

Al respecto encontramos algunas leyes que “pretenden reglamentar” el artículo 134 constitucional, como la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y la Ley General de Bienes Nacionales, en muchos de sus artículos.

Además de estas leyes, están sus respectivos reglamentos, acuerdos, circulares y disposiciones administrativas, haciendo complicada, imprecisa, parcial y confusa la regulación de la contratación gubernamental.

En consecuencia, fue un acierto, después de casi 65 años, ampliar el artículo 134 de la Constitución a la contratación en general.