

diecinueve.

Simplificación orgánica (reforma administrativa II)



Comentario a la iniciativa de reforma sobre simplificación orgánica (reforma administrativa II)

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ*

SUMARIO: I. *La reforma estatal*. II. *La corrupción y la impunidad*. III. *La impunidad*. IV. *Marco jurídico del combate a la corrupción*. V. *La transparencia*. VI. *La contratación administrativa*. VII. *A manera de epílogo*.

I. LA REFORMA ESTATAL

475

La reforma en cita, según se indica en el texto de la misma, tiene la pretensión de racionalizar la administración pública federal mediante, principalmente, la fusión de unidades administrativas, órganos desconcentrados y organismos descentralizados.

Podríamos pensar que se trata de un mecanismo de autodefensa de los órganos biológicos, como ocurre ante el contagio de una enfermedad, que permite al infectado de gripa rechazar el contagio sin ayuda de medicamento alguno; de esta manera, con el apoyo en el descanso, en permanecer abrigado evitando corrientes de aire, y con una alimentación rica en proteínas que permita su rápida hidratación y superar la amenaza de contraer gripa, que incluso pudiera convertirse en una pandemia de Covid-19, se desarrollaría exitosamente el mecanismo biológico de auto-defensa.

Al inicio de 2024, nos encontramos ante un crecimiento excesivo de la estructura del poder público, que el Estado trata de enfrentarlo sin un incremento notable del gasto público, dado que

* Profesor emérito de la UNAM e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ORCID: 0000-0002-1739-4451.

Se busca que el aparato burocrático de la Nación se aboque a la satisfacción de los derechos humanos de la población, fundamentalmente a la educación, la salud y la vivienda, además de garantizar la seguridad ciudadana, la cultura y las comunicaciones, entre otras prioridades nacionales. Esta administración, además, propuso al Congreso de la Unión el reconocimiento constitucional del derecho a un apoyo económico para las personas con discapacidad permanente, a una pensión no contributiva para las personas mayores de 68 años y de becas para estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública. El ejercicio de estos derechos implica la planeación de las actividades del aparato del Estado, la actuación oportuna de sus órganos y la dotación suficiente de recursos públicos.¹

Ante esta situación, conviene invocar el mecanismo de autodefensa de los órganos del poder público, evitar su crecimiento sin incrementar el gasto público, y analizar si es posible hacer una adecuada reforma de los órganos del poder público sin incrementar el gasto público.

Corrupción pública e impunidad conforman un binomio perverso que degrada a la sociedad y se propicia con la opacidad de la actuación de las instituciones públicas.

La estabilidad del Estado se pone en riesgo por diversos actos propiciados por múltiples factores; desempleo, corrupción, impunidad y delincuencia, son agentes desestabilizadores del ente estatal, a los que éste debe enfrentar y combatir en aras de su desarrollo sustentable.

El desempleo genera miseria, y como el desempleo y la delincuencia se acompañan, porque aquél implica ociosidad, la cual, como apunta el adagio popular, es la madre de todos los vicios, la miseria abona la delincuencia, que gracias a la corrupción obtiene impunidad.

Empero, la miseria no es la fuente exclusiva de la criminalidad, pues las economías de los países industrializados, cuyos índices de miseria son bajos, generan y propician el desarrollo del sofisticado crimen organizado, alentado y protegido por el secreto bancario, impulsado por los paraísos fiscales y las sociedades *of shore*, modernizado con la tecnología de punta en la era de la internet, que permiten el acelerado proceso del blanqueo de dinero sucio, que borra toda pista delatora de su oscuro origen delictivo.

¹ *Gaceta Parlamentaria*, año XXVII, núm. 6457, 5 de febrero de 2024, “Iniciativas del Ejecutivo Federal”. Consultado en: <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-20.pdf>.

II. LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD

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

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

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

Un estudio realizado por una institución particular de educación superior acusa a la corrupción imperante en las empresas privadas instaladas en México, por emplear el 8.5% de sus ingresos en gastos extraoficiales para influir en la determinación de las políticas públicas y por destinar el 5.1% a sobornos administrativos.²

Asombra que en Estados Unidos, tan sólo en el último sexenio del siglo pasado, se presentaron centenares de denuncias de corrupción respecto de contratos internacionales con un monto de doscientos mil millones de dólares.

El combate a la corrupción requiere de una estrategia que impida asociarla con la impunidad, mediante el diseño e implantación de un idóneo régimen jurídico que norme de manera adecuada y efectiva la actuación de los servidores públicos, con especial cuidado de las áreas del sector pú-

² Datos brindados por el Instituto de Estudios Superiores de Monterrey. disponible en: <https://conecta.tec.mx/es/noticias/guadalajara/educacion/generar-conciencia-oxfam-presenta-en-el-tec-reporte-sobre-corrupcion>.

blico más vulnerables a la corrupción, y precise sus deberes, obligaciones y posibles responsabilidades, mediante ordenamientos jurídicos adecuados.

1. *La corrupción en materia de contratos administrativos*

La normativa vigente en el ámbito federal mexicano relativa a la relación contractual establecida entre instituciones públicas y particulares respecto de obras públicas, compra y arrendamiento de bienes muebles, y prestación de servicios, incluidos los públicos, en los términos de tres sistemas normativos diferentes; el primero, el tradicional, contenido en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ambas del año 2000; el segundo, el esquema de asociación público-privada, previsto en la Ley de Asociaciones Público Privadas de 2012, y el tercer esquema, el previsto en la Ley de Petróleos Mexicanos y en la Ley de Hidrocarburos, ambas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2014.

Con relación a los dos primeros esquemas, no establece la normativa en vigor en qué casos se debe aplicar uno de los dos, y en cuáles habrá de emplearse el otro, lo que da lugar a una situación de imprecisión, agravada por la coexistencia de dos sistemas asociativos de la administración pública y los particulares: el de la empresa de participación estatal mayoritaria, regulado en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, expedida en 1986, cuyos funcionarios son servidores públicos obligados a presentar la declaración de situación patrimonial prevista en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, e incluso pueden ser sujetos de juicio político,³ a diferencia del nuevo modelo de asociación público-privada sujeto a una normativa contenida principalmente en la Ley de Asociaciones Público-Privadas, en vigor a partir de 2012, conforme al cual los directivos de la empresa desarrolladora a cuyo cargo queda la ejecución del proyecto de asociación pública privada de que se trate no se consideran servidores públicos.

El tercer esquema, o sea el establecido en la Ley de Petróleos Mexicanos y en la Ley de Hidrocarburos, contiene una normativa mucho más

³ Véanse artículos 110, 111 y 114 de la CPEUM.

laxa que la del primero, circunstancia que deja grandes áreas de oportunidad a la corrupción.

2. *La corrupción en la preservación de la seguridad pública*

Uno de los ámbitos tradicionales de la corrupción en México es el de los cuerpos policiales a cuyo cargo está la preservación de la seguridad pública en la vía y en los lugares públicos, corrupción que presenta múltiples formas, tales como el soborno coloquialmente llamado *mordida*, para evitar arresto o multa por infracción al Reglamento de Policía, el atraco a los trabajadores en los días de pago de quincena, la imposición de cuotas a los agentes asignados a los carros-patrulla de la policía, o a los agentes que pretenden adscripción a zonas o territorios específicos, el pago cotidiano, o semanal o quincenal, por ascensos en el escalafón; en fin, el alquiler de carros-patrulla y uniformes de la policía a delinquentes, entre otros muchos.

479

3. *La corrupción en el control del tránsito peatonal y vehicular*

Otro nicho de corrupción en lo concerniente a la seguridad pública es el de las corporaciones policiales a las que se encomienda la vigilancia y regulación del tránsito peatonal y vehicular en la vía pública, a cuyos agentes, en muchas regiones del país, el vulgo les llama *mordelones*, en lugar de “agentes de la policía de tránsito”.

En cuanto a la corrupción de las corporaciones policiales de tránsito, podemos percatarnos de que surgió simultáneamente con la aparición de los automóviles, a través de la novela intitulada *Gobierno*, que su autor suscribió como Bruno Traven (uno de los muchos nombres que el escritor utilizó en su vida), y publicó en Alemania en 1928, y posteriormente la versión española en México, En esta obra el autor se refiere a lo codiciado que era el cargo de agente de tránsito en Tapachula, la población chiapaneca que a la sazón no tenía ni diez mil habitantes y ni siquiera cien vehículos automotores.

Evidentemente, la codicia por el cargo de agente de tránsito no la despertaba el miserable sueldo que se percibían, por cierto con retraso, sino

por el monto de las *mordidas* cotidianas, cuyo importe compartían con el superior jerárquico.

4. *La corrupción en el ámbito de la protección civil*

Otra área de seguridad pública que incubaba frecuente corrupción es la de protección civil, encargada de la prevención de desastres y siniestros, cuya labor incluye la de avisos de alarma en casos graves de emergencia, así como las de evacuación, dispersión, albergue, socorro, rescate y salvamento, en casos de hecatombes, desastres y siniestros, casos estos últimos que generan donativos en numerario y en especie, que son de difícil control y, por tanto, fácilmente desviables a las arcas de funcionarios públicos corruptos.

5. *La corrupción en la persecución de los autores de delitos*

Deplorable resulta la frecuencia con que los medios de comunicación dan cuenta de que las policías ministeriales o de investigación no detienen a los presuntos delincuentes, a pesar de tenerlos perfectamente localizados, por los sobornos que reciben, y que en algunos casos llegan al extremo de prestar protección a tales criminales, en lugar de detenerlos.

6. *La corrupción en la procuración de justicia*

Otra área de oportunidad en materia de corrupción la representa la de procuración de justicia, que da lugar al indebido no ejercicio de la acción penal, e incluso al indebido ejercicio de la misma, o a una deliberadamente defectuosa actuación acusatoria del agente del ministerio público, que redundará en la indebida libertad del indiciado.

7. *La corrupción en el ámbito de la impartición de justicia*

Un caso similar se presenta en la impartición de justicia, por repetirse muchas veces los casos en que los jueces indebidamente absuelven a delin-

cuentes, o deliberadamente condenan infundadamente, con el propósito de que esas fallas sean revocadas al resolverse su impugnación.

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

Ningún ámbito del sector público es inmune a la corrupción; así, es motivo de escándalo el cabildeo realizado cotidianamente en el Congreso estadounidense por profesionales del *lobbying* en los pasillos del Senado y de la Cámara de Representantes, para lograr los votos de los legisladores en sentido que favorezca a sus clientes, los grandes consorcios empresariales, a cambio de dádivas en efectivo o en especie.

No queda exenta ninguna área del sector público del terrible cáncer de la corrupción pública, según reseñan los medios de comunicación masiva de numerosos países cuyos órganos depositarios del poder público han sido azotados severamente por ese mal, a sus más altos niveles, en épocas recientes.

III. LA IMPUNIDAD

Se agrava tremendamente la corrupción cuando se asocia, en perversa simbiosis, con la impunidad, porque entonces se corre el riesgo de generalizarse ambas en todas las instituciones públicas sin excepción de nivel alguno, y permear a la sociedad hasta formar en ella una férrea cuanto corrupta costumbre, conforme a la cual el *establishment* expulsará al servidor público honrado como a un ser extraño, como prueba de haberse convertido en un país de cínicos.

Consiguientemente, habrá de considerarse a la corrupción y a la impunidad como lo que en rigor son: una grave amenaza latente para todo el sector público y para la sociedad entera; en consecuencia, no debe escatimarse esfuerzo alguno ni medida necesaria para prevenirla, combatirla y

reprimirla, bajo la pena de naufragar en el proceloso mar de la inmoralidad, el cinismo y la ignominia.

En consecuencia, el combate a la corrupción requiere de una estrategia que impida asociarla con la impunidad, mediante el diseño e implantación en cada país, de un idóneo régimen jurídico que norme de manera adecuada y efectiva la actuación de los servidores públicos —con especial cuidado de las áreas del sector público más vulnerables a la corrupción— y precise sus deberes, obligaciones y posibles responsabilidades, mediante una normativa jurídica específica, que en México aparece contenida en la Constitución, en tratados internacionales, en legislación secundaria y en otros ordenamientos jurídicos.

IV. MARCO JURÍDICO DEL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

La base constitucional del régimen jurídico mexicano de la responsabilidad de los servidores públicos está contenida fundamentalmente en el título cuarto de la Constitución, compuesto por siete artículos: del 108 al 114; mediante el primero de ellos se establece el catálogo de servidores públicos.

Asimismo, el título cuarto de la Constitución distingue dentro de la responsabilidad de los servidores públicos la política, la penal, la administrativa y la civil, cuyos procedimientos para la aplicación de sus respectivas sanciones se desarrollarán de manera autónoma, sin que —en respeto al principio *non bis in idem*— puedan imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

De igual manera, el título constitucional en comento establece las prevenciones que deberá observar el legislador ordinario al expedir las leyes de responsabilidades respectivas; y prevé, expresamente, que el presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves.

Contiene también, el título constitucional en análisis, un catálogo de los servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político —cuyas sanciones podrán consistir en destitución del servidor público e inhabilitación para ocupar otro cargo público—, y otro listado de los que, por gozar de inmunidad, sólo pueden ser enjuiciados penalmente, previa

declaración de procedencia de la Cámara de Diputados, formulada por mayoría absoluta de sus miembros presentes.

Por su parte, el artículo 109 constitucional concede acción popular para formular denuncia en contra de servidores públicos que incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o que sean constitutivos de delitos, o afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargo o comisiones, o se traduzcan en su enriquecimiento ilícito, cuyos casos y circunstancias, así como su decomiso y privación de la propiedad de tales bienes, habrán de establecer las leyes. Importa enfatizar que cada uno de los diferentes tipos de responsabilidad no excluye a los demás.

Complementariamente, el citado artículo 109 constitucional, con base en el principio jurídico *non bis in idem*, dispone al respecto: “Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza”.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al pronunciarse sobre este tema, ha establecido:

RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A) La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. B) La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito. C) La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D) La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede

ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.

Amparo en revisión 237/94 Federico Vega Copca y otro, 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, tomo III, abril de 1996, pág. 128.

Los tratados internacionales adquieren especial relevancia en el orden jurídico mexicano, en razón del precepto contenido en artículo 133 constitucional, en cuya virtud la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión; y de acuerdo con el nuevo criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados, una vez aprobados por el Senado, figuran inmediatamente abajo de la Constitución, y, por tanto, por encima de las leyes del Congreso de la Unión, en el orden jerárquico de los ordenamientos jurídicos del país.

Destaca entre los tratados internacionales celebrados por México contra la corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, suscrita por México el 29 de marzo de 1996, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad que le concede la fracción I del artículo 76 constitucional, mediante decreto del 30 de octubre de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de noviembre de 1996.

La Convención Interamericana contra la Corrupción consta de veintiocho artículos, y tiene por propósito promover y fortalecer en los Estados suscriptores de la misma, los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como promover, facilitar y regular la cooperación entre dichos Estados, a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en la actuación de los servidores públicos; en fin, aspira a tejer una red de solidaridad internacional que refuerce al derecho positivo de cada país, tanto en el combate a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas como al crimen organizado, y propicie su cumplimiento.

Entre los preceptos de la Convención en comentario destacan los relativos a las medidas preventivas, a los actos de corrupción, a la obligación de legislar, al soborno transnacional, al enriquecimiento ilícito y al secreto bancario.

Descuellan entre las medidas preventivas previstas en la convención en análisis, las de crear, mantener y fortalecer

- Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las tareas públicas.
- Mecanismos para traducir en la realidad el cumplimiento de dichas normas.
- Sistemas para la declaración patrimonial y de ingresos de quienes desempeñen cargos públicos.
- Sistemas para la contratación de servidores públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que aseguren su publicidad, equidad y eficiencia.
- Sistemas idóneos para la recaudación y control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.
- Sistemas para proteger a los denunciantes de actos de corrupción.
- Órganos de control superior, para desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
- Mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otras asociaciones lleven registros que determinen con exactitud y detalle las adquisiciones y enajenaciones de activos y establezcan los controles internos que permitan a su personal detectar e impedir actos de corrupción, como el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.
- Mecanismos para incentivar la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

En su artículo VI, la Convención Interamericana contra la Corrupción prevé su aplicación a diversos actos de corrupción, como los de soborno activo y pasivo, administración fraudulenta, negociaciones incompatibles con el desempeño de cargo público, incumplimiento de deberes, lavado de bienes —incluido el de dinero—, instigación, participación o

encubrimiento en la comisión o tentativa de comisión, asociación o con-fabulación para la comisión de los actos de corrupción referidos.

De conformidad con el artículo VII de la Convención en comentario, los Estados suscriptores de la misma, que aún no lo hayan hecho, adop-tarán las medidas legislativas necesarias para tipificar como delitos, en su derecho interno, los actos de corrupción señalados en ella, así como para facilitar la cooperación entre los propios Estados.

La Convención Interamericana contra la Corrupción pone énfasis en las modalidades de corrupción del soborno internacional y del enrique-cimiento ilícito, de los que se ocupan sus artículos VIII y IX, por tratarse de sendos delitos contra la confianza y el progreso de los pueblos, en el primer caso, y contra la transparencia, en el segundo, por tratar de ocultar el incremento excesivo del patrimonio de quien desempeña un cargo pú-blico, cuyos ingresos legítimos no justifican tal enriquecimiento.

La Convención Interamericana contra la Corrupción incluye un pre-cepto relativo al secreto bancario, en cuya virtud ninguno de los Estados suscriptores de la misma se pueden negar al requerimiento de otro de ellos amparándose en el secreto bancario, en el entendido de que el re-quirente se obliga a no utilizar la información protegida por el secreto bancario a ningún fin distinto del proceso para el cual se solicite, salvo que lo autorice el Estado requerido.

Cabe señalar que muchos de los preceptos de la Convención Inter-americanana contra la Corrupción ya estaban incluidos en el derecho posi-tivo mexicano y otros se han pretendido incluir o mejorar mediante la expedición o reforma de diversos ordenamientos jurídicos expedidos con posterioridad a la firma de la misma, como la Ley de Adquisiciones y Servicios del Sector Público, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacio-nados con las Mismas, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Guber-namental, y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre otras.

El régimen legal de la responsabilidad jurídica de los servidores públi-cos está contenido principalmente en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y en los títulos décimo y undécimo del libro segundo del Código Penal Federal, cuyas disposiciones sobre la materia comentamos a continuación; además, se complementa el citado régimen legal, con diversos preceptos contenidos en distintos ordenamientos le-

gales, como el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley de Planeación, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, entre otras.

V. LA TRANSPARENCIA

El acceso a la información pública incluye al derecho humano que implícitamente está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de noviembre de 1969, y a nivel nacional lo encontramos en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

VI. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

487

Cabe señalar que el contrato administrativo no constituye un acto administrativo aislado, sino que se inscribe como la culminación de un proceso, entre cuyas etapas figura la ejecutiva, que incluye la selección del contratante de la administración pública, en la cual se inserta la licitación.

1. *Etapas de la contratación administrativa*

Como es fácil de advertir, en el proceso de contratación se pueden distinguir tres etapas: la preliminar, la ejecutiva y la final o complementaria.

A. La etapa preliminar

Está destinada la etapa preliminar a orientar a la administración pública en la celebración de los contratos administrativos y su consiguiente aplicación de recursos. En México, de acuerdo con los fines, objetivos y metas predeterminados por el Estado en el Plan Nacional de Desarrollo, para garantizar, como dispone el artículo 25 constitucional, un desarrollo

integral, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático, y que, mediante el fomento del crecimiento económico, del empleo y de una más justa distribución del ingreso y la riqueza, propicie el sano ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; por todo lo cual, esta etapa preliminar incluye las actividades de planeación, programación y presupuestación de los contratos del sector público.

B. La etapa ejecutiva

Los pasos principales en la etapa ejecutiva del proceso de contratación administrativa son: la selección del cocontratante de la administración pública, la celebración del contrato, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales, y, en su caso, las modificaciones del contrato. Dentro de esta etapa se ubica precisamente la selección del cocontratante de la administración pública, la cual puede efectuarse bajo tres procedimientos distintos, a saber: el de licitación pública o abierta, el de licitación cerrada o restringida, y el de adjudicación directa.

C. La etapa final

Básicamente, la etapa final o complementaria del proceso de contratación administrativa se refiere a la terminación y finiquito del contrato y, en su caso, a exigir la evicción y saneamiento, a imponer las sanciones aplicables y, en su caso, hacer efectivas las fianzas y garantías otorgadas.

2. Formas de selección del proveedor o contratista

Tanto la legislación como la doctrina prevén dos formas básicas para seleccionar al contratista de la administración pública en un contrato administrativo; una es la adjudicación directa, en la que sin mayor preámbulo se designa al cocontratante, tal como ocurre en los contratos de poca monta, o de aquellos de un único cocontratante posible, o en los que se celebran con motivo de casos de desastre o de alteración del orden social. La otra forma de selección es la licitación, basada en un régimen de com-

petencia en que deben contender en condiciones de igualdad diversos aspirantes que así responden a una convocatoria o invitación previas.

A. La licitación

Constituye la licitación la otra forma de selección del proveedor o contratista de la administración pública, aun cuando también se le conoce bajo distintas denominaciones, que en algunos casos tienen especiales connotaciones; así, cuando se trata de seleccionar cocontratante comprador, se suele hablar de “subasta”, “remate” o “almoneda”; tratándose de escoger al cocontratante vendedor, es frecuente emplear el vocablo “concurso”; para escoger al cocontratante de un contrato de obra, se opta por la palabra “licitación”; mas, cualquiera que sea la denominación empleada para esta forma de selección, se alude a una competición, en la que contienden varios aspirantes a cocontratantes de un contrato de la administración.

La licitación es un procedimiento previo a la contratación administrativa, cuya importancia es indiscutible, habida cuenta que conlleva la adjudicación de los contratos administrativos de la administración pública; de ahí la necesidad de analizarla, investigarla y estudiarla, en aras de perfeccionar su regulación jurídica y contribuir a la erradicación de la corrupción.

B. Concepto de licitación

En nuestra legislación, el vocablo “licitación” se ha empleado como sinónimo de subasta, concurso y remate; el artículo 134 constitucional, en su texto vigente, se refiere a “licitaciones” para la adjudicación de los contratos del gobierno, mientras que su texto original usó la palabra “subasta”.

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

Afirma el eminente jurista argentino Agustín Gordillo que “La licitación pública es un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar en concurrencia la mejor oferta para celebrar un contrato, constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscrita en un Registro creado al efecto”.⁴

Para entender a cabalidad la licitación, debe hacerse notar que en los contratos y concesiones que se sujetan al requisito de su realización, unos y otras derivarán de ella; por tanto, no deberán celebrarse u otorgarse en tanto no quede satisfecho tal requisito, pero cubierto éste, en una tapa preliminar a la celebración del contrato o al otorgamiento de la concesión, el procedimiento de licitación queda concluido, y no forma parte del contrato ni de la concesión, que, por cierto, pudieran no llegar a celebrarse u otorgarse. En consecuencia, licitación y contrato administrativo son dos institutos jurídicos independientes aun cuando interrelacionados, por ser ocasionalmente la primera, requisito del segundo.

C. Naturaleza jurídica de la licitación

La licitación es un factor que coarta la libertad de la administración pública para seleccionar a su cocontratante en ciertos contratos administrativos, no en todos, acerca de cuya naturaleza jurídica se ha generado cierta confusión en la doctrina, ya que frente a quienes, justificadamente, consideran a la licitación como un requisito que se debe satisfacer previamente a la celebración del contrato, otros —en nuestra opinión, erróneamente— lo incluyen dentro de sus elementos.

Al elemento lo podemos definir como la parte integrante de algo, a la luz de la legislación federal mexicana, la licitación no constituye un elemento del contrato administrativo, porque no forma parte de él, sino que es un requisito cuyo cumplimiento, por medio de un procedimiento administrativo específico, previo a la celebración del negocio contractual, condiciona —cuando la licitación es exigible— su validez.

Se demuestra que la licitación no forma parte del contrato, con la circunstancia de que una vez adjudicado como resultado de aquélla, puede no llegar a celebrarse, sin que pueda hablarse de rescisión, pues el contrato aún

⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Machi, 1977, p. 481.

no ha nacido. En consecuencia, de acuerdo con nuestra legislación federal, la licitación viene a ser una etapa procedimental preliminar a la del contrato, por cuya razón, licitación y contrato son, dentro del proceso de contratación, dos fases distintas integradas mediante procedimientos independientes, aun cuando interrelacionados, por ser ocasionalmente la primera, requisito —nunca elemento— del negocio contractual administrativo.

Además, la licitación no es exigible en todos los contratos administrativos; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, por ejemplo, establece la posible adjudicación directa de contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios, cuando el importe de cada operación no exceda de los montos máximos que al efecto se establezcan en el Presupuesto de Egresos de la Federación, siempre y cuando no se fraccionen con tal propósito las operaciones respectivas.

D. Principios fundamentales de la licitación

Descuellan entre los principios fundamentales de la licitación, la legitimidad, la concurrencia, la isonomía, la competencia, la imparcialidad, la transparencia, y la publicidad.

Alude la legitimidad al régimen jurídico establecido para regular la licitación; es decir, las normas y preceptos jurídicos que la rigen, cuyo incumplimiento se traduce en la nulidad del procedimiento, habida cuenta que se trata de normas de derecho público.

La concurrencia de aspirantes a cocontratante resulta indispensable en toda licitación para que pueda darse la contienda que le es característica, misma que no puede existir si únicamente se presenta un solo aspirante o ninguno.

Predica el principio de isonomía la igualdad de los administrados frente a la administración pública, lo cual, en el caso de la licitación implica el tratamiento igual en situación igual, de todos cuantos contienden para convertirse en cocontratante de la administración pública en un contrato específico.⁵

El principio de competencia supone la concurrencia de aspirantes en pugna, es decir, de contendientes a convertirse en cocontratante de un contrato administrativo, lo cual implica la ausencia de acuerdos entre

⁵ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 23a. ed., Porrúa, 2007, p. 8.

ellos para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para que quienquiera que gane obtenga una utilidad desmesurada. Con acuerdo entre aspirantes no puede haber competencia.

Sin duda, resulta insuficiente el tratamiento indiscriminado de todos los que contienden para convertirse en cocontratantes de un contrato administrativo dado, por lo que la licitación debe ser respaldada por la imparcialidad absoluta de la administración en todo el desarrollo de su procedimiento.

Es preciso que toda licitación se desarrolle bajo un procedimiento transparente que permita conocer a todos los interesados, no sólo las condiciones y requisitos bajo los cuales se celebra, sino las causas, razones y motivos de las resoluciones recaídas en él, en todas y cada una de sus diferentes etapas, merced a una clara, suficiente y eficiente información.

Permite el principio de publicidad la transparencia del procedimiento de licitación, lo que —como bien hace notar la profesora María Gabriela Ábalos— propicia la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial.⁶

El principio de publicidad tiene un doble aspecto en la licitación, pues atañe tanto a la convocatoria de la licitación, cuando ésta es pública, como a la posibilidad de que los participantes en la misma puedan conocer las ofertas de los demás licitantes, así como todo el trámite posterior a la apertura de los sobres que contengan las ofertas, incluidos los dictámenes de evaluación de las mismas, los fundamentos y motivos de la resolución que adjudica el contrato o lo declara desierto, y la resolución misma; porque, como dijera Miguel S. Marienhoff: “Una licitación pública realizada a hurtadillas sería un absurdo jurídico, un contrasentido; de ahí la fundamental importancia del adecuado cumplimiento del requisito de publicidad”.⁷

E. Formas de licitación

Admite la licitación dos formas fundamentales: la pública y la privada, también conocida como cerrada o de invitación restringida, según

⁶ Ábalos, María Gabriela, *Municipio y poder tributario local*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007.

⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 202.

se convoque públicamente a los interesados que satisfagan determinados requisitos o se invite directamente sólo a unos potenciales cocontratantes; el artículo 27 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas reconoce esas dos formas de selección de cocontratante, en la segunda de las cuales, según previene el artículo 41 de dicho ordenamiento legal, sólo se invita a pocas personas, que no deberán ser menos de tres.

F. El procedimiento de licitación pública

Según señala Julio Rodolfo Comadira, la licitación pública “Se distingue por constituir una secuencia, ordenada y metódica, de diversos estadios, cada uno de los cuales tiene un contenido propio, indispensable para la configuración de la licitación, pero que por sí solo no es suficiente para darle Vida”.⁸

En mi opinión, la licitación pública es ciertamente un procedimiento administrativo, en ciertos casos obligatorio para la administración, sujeto a un régimen de derecho público, encaminado a seleccionar, de entre un conjunto de aspirantes que responden a una convocatoria pública, al cocontratante de un contrato administrativo que mejor asegure —a la administración— la obtención de todos los beneficios que permitan la justicia y la equidad.

En razón del universo de aspirantes, la licitación pública puede ser abierta o restringida, según se convoque a todo interesado o sólo a quienes satisfagan determinados requisitos; por ejemplo: tener cuando menos un determinado capital contable, o estar previamente inscritos en un padrón o registro, para lo cual debieron satisfacer diversos requerimientos; por ejemplo, acreditar experiencia, solvencia económica, o haber cumplido con las inscripciones y registros que les sean exigibles en el orden fiscal o administrativo.

Las licitaciones públicas pueden ser nacionales o internacionales; en las primeras sólo pueden contender los nacionales, en tanto que en las internacionales pueden participar tanto nacionales como extranjeros.

⁸ Comadira, Julio, *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 4.

Se desarrolla la licitación pública mediante un procedimiento integral por diversas etapas sucesivas previstas en la correspondiente normativa jurídica; conforme a la nuestra, en el ámbito federal, sobresalen las de elaboración de las bases de la licitación; elaboración y publicación de la convocatoria; entrega de las bases de la licitación; elaboración y entrega de la proposición u oferta; apertura de proposiciones; evaluación y dictamen de las proposiciones; emisión del fallo y, en su caso, adjudicación.

G. Excepciones a la licitación pública

Según el doctor Luis Enrique Chase Plate, “No cabe duda que el procedimiento de licitación es obligatorio y no facultativo para la Administración. No puede prescindirse del procedimiento sino cuando la ley lo autorice expresamente. No es conveniente dejar al capricho de la autoridad decidir cuándo debe llamarse a licitación y cuándo no. Su conducta debe estar categóricamente tasada y mensurada por la ley”.⁹

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos previene en su artículo 134 que podrá prescindirse de la licitación pública cuando tal procedimiento no sea idóneo para asegurar las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, y demás circunstancias pertinentes, en cuyo caso el artículo 41 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, al igual que el artículo 42 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, prevén entre otras excepciones a la licitación pública las siguientes:

- Cuando el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por estar referido a obras de arte, titularidad de patentes de derechos de autor u otros derechos exclusivos.
- Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales.
- Cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados.

⁹ Chase Plate, Luis Enrique, *Los contratos públicos*, Asunción, Editora Intercontinental, 1998, p. 202.

- Cuando se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o se necesiten para garantizar la seguridad interior de la nación; además, tratándose de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, cuando comprometan información de naturaleza confidencial para el gobierno federal.
- Cuando, por derivar de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o servicios o ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate; en este supuesto, las cantidades, conceptos o trabajos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontar el caso.
- Cuando se hubiera rescindido el contrato licitado por causas imputables al proveedor o contratista que hubiera resultado ganador en la licitación, caso en el que podrá adjudicarse el contrato al oferente que en la licitación respectiva hubiera presentado la siguiente proposición solvente más baja, a condición de que su postura no resulte superior al diez por ciento de la ganadora.
- Se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas.

Además, es lamentable que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, no exijan la garantía de seriedad en los contratos que regulan, circunstancia que, aunada a la carencia de padrones de contratistas y proveedores, abre la posibilidad de que en las licitaciones respectivas se presenten propuestas, para propiciar la adjudicación directa de los contratos, con fines ilícitos.

VII. A MANERA DE EPÍLOGO

Las múltiples reformas realizadas durante las dos últimas décadas a la legislación que regula la contratación de obra pública y de adquisición de bienes y servicios por parte del sector público parecen ejercicios de *gato-pardismo*, cuya fórmula, expuesta por Giuseppe Tomassi de Lampedusa en su célebre novela *El gato pardo*, consiste en cambiar todo para que todo quede igual, toda vez que, a pesar de las escasas y modestas mejoras lo-

gradas mediante tales reformas, la actual regulación jurídica mexicana de los contratos administrativos, dados los evidentes defectos de que todavía adolece, aún dista mucho de ser la herramienta jurídica adecuada para el combate a la corrupción en áreas tan proclives a ella, como son las encargadas de la adjudicación y control de los contratos.