

Capítulo primero. La contratación administrativa	5
A. El Estado contratante	7
1. Contrato y actividad estatal	7
2. Delimitación de los contratos de la administración	9
B. Los contratos administrativos	12
1. Teoría nugatoria del contrato administrativo	13
2. Concepto y elementos de los contratos administrativos	16
a. Concepto	16
b. Elementos	17
3. Criterios de calificación de los contratos administrativos	18
a. Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato	19
b. La voluntad de las partes y la calificación legislativa	19
c. El servicio público	20
d. Las cláusulas exorbitantes	21
C. Sistemas de contratación	21
1. Sistema de libre elección	22
2. Sistemas de restricción	24
a. Licitación	24
b. La contratación directa	26
c. Remate o subasta pública	27
d. Concurso	29
D. Régimen legal mexicano	30
1. Bosquejo histórico	30

a. Antecedentes previos a la Constitución Política de 1917	30
b. Reseña a partir de la Constitución Política de 1917	34
2. La legislación actual	39
a. La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas	39
b. Diversas leyes conexas	41
3. El Tratado de Libre Comercio (NAFTA) de 1994	42
4. La interpretación judicial	44

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Toda la vida política se encuentra sometida a un orden fundamental, a una norma suprema, que guía a los seres humanos organizados en sociedad y que sirve de regla para todas sus actividades, a efecto de que se apeguen a la Ley; a esta disposición superior nosotros le llamamos Constitución.

Ella es la que provee de órganos al Estado, quien se manifiesta como una persona jurídica, y se encuentra, mediante la gestión de sus negocios, en situación de verificar o realizar los fines que le son propios. La actividad que una persona física o moral consagra a la gestión de sus negocios se denomina administración.

La administración, en sentido amplio, a diferencia de la Constitución, viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales.

2. La administración en una organización, no puede llevarse a cabo sin la existencia de procesos sistematizados y de procedimientos, ya que por medio de éstos es como se logra que exista la interacción entre los individuos, los grupos de trabajo, las estructuras orgánicas y el ambiente en que se desenvuelven las instituciones.

Es misión del orden jurídico, determinar los derechos y obligaciones que los diversos sujetos jurídicos tienen unos para con otros. Incumbe, al derecho, y en especial al derecho administrativo, regular las relaciones jurídicas que se crean entre la administración del poder público y sus destinatarios.²

² Fleiner, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, traducción de Sabino Álvarez Gendín, Barcelona, Ed. Labor, 1933, p. 39. Cfr. Cortiñas-Peláez, León, *Introducción al derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1994, vol. I, pp. 80 y ss.

3. El Estado no podrá llevar a cabo sus fines, si la administración no está organizada debidamente y cuenta con los fondos suficientes para solventar los gastos, que la vida diaria le requiere.

A propósito de los gastos del Estado, dice Domat³ que éstos son de diversa naturaleza:

hay algunos extraordinarios en tiempo de guerra, y los hay que son siempre necesarios como los de la Casa del Soberano, los que se necesitan para mantener las plazas fuertes, las guarniciones y otras tropas que debe haber en tiempo de paz, los sueldos de los oficiales, ministros y de todos los que tienen salarios públicos, los de las embajadas, los necesarios para mantener los puentes, las navegaciones, los ríos, los caminos reales y otros muchos.

4. La administración del Estado, contando con los recursos necesarios puede cumplir sus cometidos directamente o buscando el auxilio de los particulares, esto último a través de diversas figuras jurídicas, de las cuales una de ellas, puede ser mediante la celebración de un contrato, que en esta materia se denomina contrato de la administración pública, contrato del Estado o contrato administrativo.

Como bien sabemos, el contrato se forma con la fusión de dos voluntades. En todo contrato administrativo se precisa, consiguientemente, la expresión de la voluntad de la administración, que es uno de los sujetos imprescindibles y, del otro, que puede ser una persona de derecho público o un particular, a quien se le llama cocontratante.

Así, el Estado moderno ejerce algunas actividades con la colaboración que obtiene por medio de contratos, entendidos éstos en sentido amplio, como un conjunto de voluntades que genera derechos y obligaciones.

Usa también un contrato para establecer vínculos obligacionales entre sus propias entidades o para practicar, como cualquier persona, actos de vida civil. De este modo, podemos clasificar sus contratos, en contratos de derecho público y contratos de derecho privado.⁴

Por ser tan importante la actividad contractual de la administración pública, surge la necesidad de describir y comentar a continuación, los aspectos relacionados con el Estado contratante.

³ Domat, Jean, *Derecho público*, trad. Juan Antonio Trespalacios, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1788, t. 2, p. 129.

⁴ Gomes, Orlando, “Os contratos e o direito publico”, *Revista do Procuradoria Geral de Estado*, São Paulo, núm. 10, junio 1977, p. 45.

A. EL ESTADO CONTRATANTE

1. *Contrato y actividad estatal*

5. Se ha reconocido claramente que, aunque la administración pública pueda ser vinculada por un contrato, resultante de la manifestación de voluntad expresa de una autoridad administrativa, que se une a la voluntad manifestada por uno o más particulares, y que del encuentro de tales voluntades, movidas por intenciones divergentes o contrapuestas, surge un contrato no diferente estructuralmente del disciplinado por el derecho privado. Por consiguiente, aun en las relaciones entre la administración pública y los particulares, el contrato puede realizar su función típica, consistente en la composición clara de los conflictos de intereses.

La extensión de la noción del contrato en relación con la administración pública, no halla contraste por cuanto se refiere a la mencionada actividad privada de la administración. De hecho, para procurarse bienes y servicios, el Estado y los entes públicos desarrollan una verdadera y propia actividad contractual, poniéndose en el mismo plano de los particulares, con quienes celebran un contrato.

El problema es, en cambio, el de establecer si, además del ejercicio del derecho subjetivo y sus obligaciones, la administración pública puede dar existencia a contratos en el ejercicio de su pública potestad, efectuando así actos administrativos que sean el resultado de un encuentro de voluntad con el particular en un plano de igualdad. Se trata de establecer si la disposición publicada y autorizada puede emanar, aparte que unilateralmente de la autoridad administrativa, bilateralmente del encuentro de la voluntad de la administración pública y de uno o más particulares.

6. La legislación administrativa, que regula la actividad contractual del Estado, según Sepe,⁵ tiene como idea

evitar la posibilidad de abusos por parte de la administración en la elección de las partes contratantes. De manera que las disposiciones contenidas en ella están encaminadas a hacer que den el máximo de certeza, acerca del hecho de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las

⁵ Sepe, Onorato, voz “Contrato en diritto amministrativo”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1961, t. IX, p. 986.

que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella.

Como se ha dicho, el sistema de regulación de procedimientos de la actividad contractual de la administración pública, se aplica no solamente a los contratos, sino a todos los negocios privados creados por la administración, en el ejercicio de la actividad administrativa de derecho privado. Sin embargo, una extensión mayor del ámbito es más una afirmación de la doctrina que un resultado efectivo de la práctica, porque los negocios de derecho privado creados por la administración pública, que no sean contratos, difícilmente son considerados como negocios en sí, o sea, no ligados a contratos creados o por crearse.

Al estudiar la formación de la voluntad de la administración, se observa que ésta puede generarse por propia determinación de un órgano administrativo, o bien provocada por un sujeto extraño a él, que formula una oferta pidiendo el otorgamiento o formalización de un contrato.

7. Respecto a la formación de la voluntad de la administración pública, ella se desarrolla en una serie de etapas que se cumplen por distintos órganos con objeto de satisfacer una necesidad pública. Para lo cual, primero se determina qué debe hacerse y para qué debe hacerse; luego, cómo debe hacerse.⁶

Por otra parte, es indudable que el Estado no está obligado a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares.

En algunas ocasiones, el Estado puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes o servicios personales.

8. Existen muchos casos en los cuales hay correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares. Desde el momento en que tal correspondencia surge, se hace innecesario el empleo del mandato imperativo por parte del poder público para salvar el eficaz cumplimiento de sus atribuciones.

La realización de esta correspondencia se efectúa en forma regular y continua, en ocasión de la obtención oportuna de esos bienes y servicios; de no existir la colaboración adecuada de los particulares, el Estado tendría que proceder por la vía de mando, imponiendo unilateralmente su voluntad.

⁶ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I, p. 293.

De tal manera, que la primera cuestión planteada debe ser resuelta en el sentido de que el Estado sí puede contratar, dándose, por lo tanto, motivo para que inmediatamente se pase al estudio de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por el Estado.

Podría en primer término, pensarse en una solución consistente en considerar que esos contratos tienen una naturaleza peculiar en razón de que en ellos una de las partes contratantes es el Estado, ya que la competencia de la administración y de sus agentes se regula, no por la ley civil, sino por las leyes constitucional y administrativa.

9. Las leyes administrativas prescriben requisitos de forma y solemnidades especiales distintas de las que exigen las leyes civiles, y finalmente, porque las mismas leyes especiales de la administración imponen a ésta serias restricciones, en cuanto a los objetos que pueden ser materia de contratación.

En México, la noción subjetiva del contrato administrativo, que eleva a esa categoría a todos los contratos que la administración pública celebra, aparece acogida en diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sin embargo, si se hace un examen cuidadoso se puede comprender, sin dificultad, que la especialidad de la ley que rige la competencia de la administración y de sus agentes, los requisitos y solemnidades y el objeto de las prestaciones que aquélla puede contratar, no bastan por sí solos para asegurar que el contrato celebrado con esas limitaciones, quede sustraído al régimen contractual del derecho civil.

2. Delimitación de los contratos de la administración

10. Los contratos del Estado están basados, justamente, en la existencia de unas reglas comunes a todos ellos al tiempo de su generación o preparación y también en la etapa de su ejecución o cumplimiento.

Sin estas reglas básicas, no podría hablarse de lo contractual del Estado; este campo común se enriquece con las especialidades que presentan los distintos tipos de contratos que deberá respetar el sistema.

El conjunto de reglas disciplina un aspecto de la actividad de la administración, un modo de realización de los servicios públicos y un tipo peculiar de acto administrativo; las reglas comunes forman incuestionablemente parte del derecho administrativo; el derecho de la contratación del Estado es en definitiva, una modalidad de los procedimientos administrativos.

11. El problema de la capacidad del Estado para contratar, se traduce en determinar qué órgano dentro de él, es competente para tramitar el expediente de preparación del contrato y su adjudicación, así como la autoridad que ha de intervenir, en su caso, para aprobar el contrato.

Por consiguiente, son las reglas de derecho público sobre competencia y no las de capacidad del derecho civil, las que deben aplicarse.

Hay que recordar que el Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensables para satisfacer, por medios de que no disponen los particulares, necesidades colectivas inaplazables; que por consecuencia debe existir un régimen especial que es precisamente el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en forma eficaz, continua y regular.

12. Para que pueda satisfacer las necesidades públicas, el Estado debe realizar la contratación de bienes, arrendamientos, servicios y obras públicas; cuenta con una administración pública para hacer eficiente la actuación administrativa; además, ayuda al desarrollo económico, social y cultural del país.

Pero, en la actividad del Estado existen casos en los cuales el poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos, que forman parte de las instituciones de derecho privado.

El derecho privado se aplicará al Estado, cuando los actos que éste verifique, no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas, no se perjudique con actos en los cuales el Estado, no haga uso de los medios exorbitantes que le autoriza su régimen especial.

Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.

13. De lo expresado anteriormente, podemos resumir que la administración pública, además de desarrollar su propia acción mediante el uso de potestades públicas, frecuentemente utiliza poderes de derecho privado, sobre todo poniendo en existencia una notable actividad contractual.

La existencia de tal sector de acción de la administración no representa un hecho nuevo. La misma elaboración del concepto de Estado como

persona jurídica —y no sólo política— se debe en cierta medida, a la observación doctrinal de que la actividad contractual, que el Estado cumplía con fines patrimoniales, debía ser sometida al derecho.

14. La actividad contractual de la administración pública, no siempre constituye mera actividad de gestión, sino que también es instrumento directo para atender los intereses públicos, por ejemplo la realización de obras públicas. Además, las modernas administraciones, en sus relaciones con los ciudadanos tienden a utilizar, donde sea posible, instrumentos de negociación, en lugar de medios autoritarios, como son las tradicionales potestades públicas.

Sobre tal base, fue propuesta por la doctrina la distinción entre actividad privada —con meros fines patrimoniales y de gestión— y actividad administrativa de derecho privado (inmediatamente dirigida a administrar intereses públicos), precisamente para subrayar estos dos aspectos de la utilización del derecho privado, de parte de la administración pública. No parece aún, que esta distinción tenga relevancia con relación a la disciplina de la actividad contractual de la propia administración, ya que falta actualmente una diferencia de regulación fundada en tal presupuesto.

15. En el desarrollo de su acción de derecho privado, la administración pública hace uso de casi todos los tipos de contratos previstos por el código civil compatibles con su carácter de persona jurídica; ésta, en efecto, concluye compraventas, arrendamientos, contratos de obras, contratos de suministro, mutuos, etcétera. Además, se sirve de contratos atípicos para regular algunas relaciones con objeto público, negocios que por la doctrina son denominados “contratos con objeto público”⁷ y también “contratos administrativos”. Negocios atípicos de derecho privado, deben considerarse muchas convenciones y acuerdos concluidos entre la administración pública y los sujetos de derecho privado.

La actividad contractual de la administración pública, por el mismo hecho de ser actividad de derecho privado, no puede someterse a las normas del derecho civil que rigen la formación de los contratos y los contratos mismos. Sin embargo, por motivos históricos ligados a cierta concepción de la “cosa pública” y a episodios contingentes, la acción contractual en las administraciones públicas y de las entidades públicas tradicionales ha ido sometiéndose cada vez más a leyes particulares —consideradas por

⁷ Romano, Salvatore Alberto, “Contratti statali”, en Guarino, Giuseppe (coord.), *Dizionario Amministrativo*, 2a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1983, t. I, p. 754.

algunos de derecho privado especial y por otros de derecho público— que han dado origen a un cuerpo de reglas *sui generis* que someten dicha actividad a procedimientos diferenciados. Estos procedimientos tienden a englobar la actividad contractual de las actividades públicas en procedimientos de tipo publicitario; asimismo, no reglamentan sólo aquellos momentos anteriores y posteriores a la fase de contratación propiamente dicha, sino que también intervienen para regular los mismos sistemas de contratación.

A tal efecto, cabe aclarar que la peculiaridad de la posición de la administración, en su acción contractual, no se debe tanto a la existencia de dichos procedimientos, sino sobre todo a su naturaleza y a sus características.

B. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

16. La administración pública ante las necesidades de la comunidad, no puede actuar siempre sola por medio de actos administrativos unilaterales.

Frente a tal situación, la administración pública utiliza personas y cosas para sustentar las necesidades colectivas y su propia existencia.

Para satisfacer las necesidades requiere de la colaboración de los particulares; ésta puede ser obligatoria o voluntaria, dependiendo de la clase de bienes o servicios y atendiendo al mayor o menor apremio de la necesidad a satisfacerse, dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Así, la administración puede obrar unilateralmente, de modo imperativo; o sea, sin considerar la voluntad del particular; asimismo, puede actuar bilateralmente por medio de un acuerdo de voluntades, es decir, contractualmente.

Entonces, la administración pública para satisfacer las necesidades de la comunidad, busca celebrar contratos como ayuda a su gestión, mediante acuerdos de muy distinta naturaleza con particulares y entes públicos.

La mayoría de dichos acuerdos, configuran negocios jurídicos en donde las voluntades deben concurrir necesariamente para la formación del contrato: la voluntad de la administración pública y la voluntad de un cocontratante.

17. Para adquirir los bienes o servicios necesarios, la administración pública debe recurrir a arreglos contractuales, ya sean bilaterales o multilaterales, implicando el previo consentimiento de las partes contratantes que persiguen metas complementarias. En ellos, se debe incluir al proveedor

individual, al contratista de obras públicas, al usuario de servicios públicos, etcétera, en el procedimiento a través del cual se forja el acto administrativo, la conclusión de una operación conjunta de ambas partes.

Así, el contrato constituye una forma de la acción administrativa, a partir del cual surgen los derechos y obligaciones de las partes. Bajo circunstancias modernas, los actos unilaterales impuestos por autoridad de la administración pública, ya se encuentren basados, en lo que Langrod⁸ denomina “poder del orden público”, ya sobre el consentimiento previo del individuo interesado.

Al estudiar los vínculos contractuales de la administración pública, se debe establecer previamente si existen o no contratos administrativos diferentes a los contratos del derecho privado y, en tal caso, determinar cuál es el criterio a seguir para distinguir unos de otros.

Diversas circunstancias han llevado a la doctrina y jurisprudencia a admitir la existencia de los contratos administrativos y según diversas posiciones, referentes a la contratación administrativa pública; las cuales comentaremos brevemente a continuación.

1. Teoría nugatoria del contrato administrativo

18. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de los contratos administrativos. Incluso algunos niegan su existencia, afirmando que son una especie de los contratos civiles, si bien se admite su finalidad en cuanto al interés general y que se hayan sometidos a una jurisdicción especial, la administrativa.

Para negar la existencia del contrato administrativo, se ha dicho además que

siendo las características de todo contrato: 1º) la concurrencia libre de las partes; 2º) la igualdad jurídica entre ellas; y 3º) su obligatoriedad. De faltar total o parcialmente esas características, debe desconocerse a los administrativos el carácter de contractual. Es evidente que en los contratos administrativos no existe entre ambas partes plena igualdad jurídica, ya que, a no dudarlo, la administración está en situación privilegiada. Además, la obligatoriedad en estos contratos no es igual que en derecho privado, ya que es aceptada su modificación

⁸ Langrod, Georges, “Administrative Contracts: a Comparative Study”, *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan, Law School, vol. 4, núm. 3, Summer 1955, p. 326.

por acto unilateral de la administración y por aplicación de la teoría de la imprevisión (solicitar el reajuste del contrato cuando su prestación, en los términos estipulados, se haga prácticamente imposible por circunstancias imprevistas). Sin embargo estas circunstancias no alteran la naturaleza contractual de estos actos: lo que constituye esencialmente el contrato es el acuerdo de voluntades creador de obligaciones. Éstas nacen o de la ley, o de un acuerdo de voluntades. El hecho de que una de las partes, sea la administración, no basta para cambiar esta naturaleza.⁹

Dice Gordillo¹⁰ que

en una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es, por ejemplo, la solución todavía imperante en la doctrina alemana.

19. En el derecho alemán¹¹ los contratos que la administración necesita celebrar para la realización de las obras públicas, para el suministro de toda clase de bienes y servicios, se consideran contratos privados sujetos a las normas comunes del derecho civil y mercantil y cuyo contencioso se ventila ante los tribunales civiles. Al margen de estos contratos, se admite una categoría de convenios en que el objeto lo constituyen competencias públicas, normalmente gestionadas a través de actos unilaterales.

20. En resumen, la opinión que niega la admisibilidad del contrato administrativo, se ha basado, tradicionalmente, en argumentos que no pueden considerarse del todo fundados.

De parte de quienes han negado la admisibilidad del contrato administrativo, se ha objetado en primer lugar que la administración pública y el particular no se encuentran sobre un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho de que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado; en segundo lugar,

9 Calderón, Mauricio Roberto, "Los contratos administrativos", *Revista de Derecho*, San Salvador, época III, núm. 1, julio de 1973, p. 124.

10 Gordillo, Agustín, "Los contratos administrativos", *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Administrativo-Astrea, 1988, t. I, p. 9.

11 Parada, Ramón, *Derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1990, t. I, p. 217. Este mismo autor señala que hay una confusión en el derecho europeo; esta confusión deriva básicamente de la singularidad de los derechos frances, belga y español, en los que se da una categoría de contratos, los contratos administrativos; y porque en los régimenes de derecho establecidos en Alemania, Italia y Gran Bretaña, existen contratos con características similares, pero que participan del derecho civil.

que el contenido de los pretendidos contratos administrativos está casi íntegramente regulado por la ley; en tercer lugar, que la administración pública en sus relaciones con los particulares actúa en régimen de monopolio y no en régimen de libre competencia y, en fin, que es incompatible con la naturaleza del contrato, la facultad reservada a la administración de revocar o modificar unilateralmente las condiciones de la relación.

De hecho, se ha comentado que aun en derecho privado, hay contratos en que una de las partes se halla en condiciones de inferioridad (existe un desequilibrio contractual) y por ello debe tolerar las condiciones impuestas por la otra parte (contratos de adhesión); que aun en derecho privado, hay contratos cuyo contenido es en gran parte determinado por la ley y, en fin, que para los contratos de derecho civil una sola de las partes, tras verificarse nuevas circunstancias, puede pedir modificaciones del contrato o la rescisión del mismo.

21. Las divergencias que presenta el derecho positivo y la permanente evolución del derecho público, además de la naturaleza contractual de determinados vínculos, han sido las dificultades sobre las que se discrepan si constituyen actos o contratos.

Otto Mayer sostiene: “No hay verdadero contrato, existe una imposición de autoridad administrativa seguida de una indemnización correlativa. Son dos actos jurídicos distintos donde la voluntad del particular no juega ningún papel”.¹²

El problema es, por lo tanto, establecer si, además del ejercicio del derecho subjetivo y sus obligaciones, la administración pública puede dar existencia a contratos en el ejercicio de su pública potestad, efectuando así actos administrativos que sean el resultado de un encuentro de voluntad con el particular sobre un plano de igualdad. Se trata de establecer si la disposición publicada y autorizada puede ser emitida, aparte de serlo unilateralmente por la autoridad administrativa, bilateralmente por el encuentro de la voluntad de la administración pública y de uno o más particulares.

22. Finalmente la doctrina ha resuelto lo siguiente: en la actividad contractual del Estado, coexisten:

contratos administrativos e interadministrativos, de un lado, y contratos parcialmente regidos por el derecho civil o mercantil en cuanto a su objeto, por el otro.

¹² Citado por Burgos Sánchez, Yolanda y Solarte Rodríguez, Jeannette, *La licitación pública*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1979, p. 13.

Tanto los contratos administrativos como los interadministrativos, se rigen por el derecho público, administrativo en la especie, no obstante la posibilidad de aplicarles el derecho civil, pero adaptándolos siempre a la peculiar naturaleza del derecho administrativo. En cambio, en los contratos de la administración, parcialmente reglados por el derecho privado, las normas del derecho civil se aplican a su plenitud a los aspectos del contrato que regula el derecho civil o mercantil (en cuanto al objeto) y la administración carece de prerrogativas de poder público (en materia de modificación, ejecución, sustitución del contratista, etcétera).¹³

En Francia, la administración pública al contratar con los particulares, eventualmente se somete al principio de que el contrato es ley para las partes. A este tipo de contrato, se le llama de derecho común, el cual está sometido a las leyes comunes, y el litigio a que pueda dar lugar corresponde a la justicia ordinaria.

Otras veces, si bien su voluntad está vinculada contractualmente, exige en el contrato ciertos privilegios y éstos son categorizados como contratos administrativos, regidos por el derecho administrativo y cuyo contencioso está atribuido a la jurisdicción administrativa.

2. *Concepto y elementos de los contratos administrativos*

a. Concepto

23. Dice Marienhoff que no es fácil dar la definición de “contrato administrativo”, ya que en nuestra opinión muchos autores hablan del contrato administrativo, pero muy pocos definen a esta institución; el propio autor argentino señala la suya, diciendo que el contrato administrativo “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”.¹⁴

Miguel Ángel Berçaitz¹⁵ dice que los contratos administrativos son

¹³ Cassagne, Juan Carlos, “En torno a la figura del contrato administrativo”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, vol. XIV, diciembre 1984, p. 48.

¹⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. III-A, p. 34.

¹⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 246; *id.* “La subordinación jurídica, nota definitoria de los contratos administrativos”, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués Laso*

aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.

b. Elementos

24. Apunta Gaston Jèze que

para que un contrato celebrado por la administración sea válido, para que dé nacimiento, incontestablemente, a una situación jurídica individual con todos los efectos jurídicos de la situación contractual, es necesario:

1. Que se haya concluido entre partes capaces y agentes públicos competentes, y, en particular, que la autoridad pública que ha celebrado el contrato tenga competencia legal para concluirlo;
2. Que se haya elegido al contratante siguiendo el procedimiento establecido por las leyes y reglamentos.¹⁶

25. Según Bielsa,¹⁷ son elementos esenciales de todo contrato administrativo: la competencia para contratar y la causa jurídica. Fernández de Velasco,¹⁸ siguiendo a Delgado y Martín, y a Arriaga y Del Arco, en su libro *Contratos administrativos* dice que los requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos, son dos: consentimiento y objeto del contrato.

26. Berçaitz¹⁹ distingue entre los elementos del contrato administrativo, a dos grandes categorías: a) elementos que son esenciales, sin los cuales el contrato no existe como tal, y b) elementos que no son esenciales, pero sí propios de su naturaleza, es decir, que integran los contratos generalmente, pero cuya falta no es óbice para que el contrato exista.

(Uruguay), Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, t. IV, pp. 803-810.

16 Jèze, Gaston, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. Julio San Millán, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. IV, p. 9.

17 Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, 3a. ed., Buenos Aires, J. Lajouane y Cía. Libreros y Editores, 1937, t. I, p. 260.

18 Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 61.

19 *Op. cit.*, pp. 257 a 260 y ss.

Dentro de los primeros, o sea los esenciales, incluye: 1) sujetos; 2) consentimiento; 3) objeto; 4) causa; 5) finalidad y 6) forma. Entre los segundos, o sea los elementos no esenciales del contrato administrativo, señala: 1) plazo; 2) licitación y pliego de condiciones; 3) garantías y, 4) sanciones. En su obra, dicho autor, hace una explicación extensa de cada uno de los elementos, pero ello no es propósito de esta investigación.

3. *Criterios de calificación de los contratos administrativos*

27. Muchas personas, nos hemos hecho la misma pregunta que se hace el profesor Nava Negrete:²⁰ “¿Qué criterios se han seguido o podemos seguir para resolver si el contrato que celebra la administración pública es un contrato administrativo o un contrato privado?” Mientras predominaban las teorías del derecho privado, prácticamente era imposible creer en la existencia de contratos de derecho público; pero a raíz del surgimiento del dirigismo contractual, o sea, la intervención del Estado en la formación y ejecución de los contratos, entonces los criterios se ampliaron.

En términos generales, cada autor que toca el tema de los criterios de calificación de los contratos administrativos, tiene un concepto y prácticamente coincide con el de otro; así pues, el propio Nava Negrete²¹ dice que a su juicio los criterios para determinar si un contrato es administrativo o no, son: 1) por determinación de la ley; 2) por libre voluntad de las partes y 3) por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

28. Georges Vedel en su obra *Derecho administrativo*,²² señala dos criterios: a) un contrato efectuado por una persona jurídica de derecho público tiene carácter administrativo, si tiene por objeto la ejecución del servicio público por la otra parte contratante, aun si no contiene ninguna cláusula exorbitante del derecho común, y b) un contrato firmado por una persona moral de derecho público tiene carácter administrativo, independientemente de su relación con el servicio público, si contiene cláusulas exorbitantes del derecho común.

29. Nosotros, por razones didácticas, explicaremos los criterios de Casagne.²³

20 Nava Negrete, Alfonso, “Contratos privados de la administración pública”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. XIII, núm. 51, julio-septiembre 1963, p. 712.

21 *Ibidem*, p. 719.

22 Trad. Juan Rincón, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 189.

23 *Op. cit.*, p. 49.

a. Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato

30. Los criterios del sujeto y de la jurisdicción podemos fácilmente descartarlos. El primero, por cuanto la presencia de la administración no basta para calificar un contrato de administrativo, pues aquélla, aparte de que puede acudir a formas de contratación privada, celebra también contratos con otras entidades estatales.

La jurisdicción aplicable, denominada contencioso-administrativa, tampoco sirve para calificar la naturaleza del contrato, sino que ella es consecuencia de la naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebró la administración.

Tampoco convence el criterio de la forma, sostenido por la antigua doctrina española,²⁴ pues cuando la administración pública celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, pueden ser de aplicación también los requisitos formales del derecho público, sin perjuicio de la mayor o menor aplicación del principio de la libertad formal, cuando la elección de la forma fuere discrecional para la administración pública.

b. La voluntad de las partes y la calificación legislativa

31. En cuanto a si las partes en un contrato que celebra la administración con un particular, pueden atribuir la condición administrativa al acuerdo contractual, mediante sus voluntades, no parece que éstas sean idóneas por sí mismas para asignarle tal calidad;²⁵ puesto que, en definitiva, todo dependerá de la sustancia del contrato y de su régimen, que es consecuencia de su naturaleza jurídica.

De otra parte, la calificación legislativa como criterio determinante del concepto de contrato administrativo —con independencia de su naturaleza— puede surgir en forma expresa o en forma implícita. Lo primero ocurrirá, cuando la norma legal prescriba que determinados contratos revisten carácter administrativo; lo segundo, en los supuestos en que se estatuye la jurisdicción contencioso-administrativa, para dirimir la controversia.

²⁴ Recaredo Fernández de Velasco, *op. cit.*, p. 12.

²⁵ Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, p. 49.

Frente a una prescripción legislativa expresa, es evidente que no cabe sostener que tales contratos sean contratos de derecho privado, por cuanto en su ejecución y efectos no están sometidos a las normas que rigen los contratos civiles o mercantiles, sino que aparecen regulados por los principios que gobiernan los contratos administrativos, perteneciendo a esta categoría aunque no en virtud de su naturaleza, sino por disposición expresa de la ley.

c. El servicio público

32. En Francia, durante muchos años y aún hoy, la teoría del servicio público constituyó el eje central de la noción de contrato administrativo.²⁶ Superada la antigua teoría que fincaba la caracterización del contrato administrativo en la distinción entre actos de autoridad y de gestión, surgió a principios de siglo la concepción que basó el carácter del contrato en la circunstancia de que el mismo tuviera por objeto la organización o funcionamiento de los servicios públicos. Si bien con posterioridad apareció el criterio de la cláusula exorbitante que absorbió en gran medida al que se basaba en el servicio público, lo cierto es que a partir de 1956 (caso de los esposos Bertin, resuelto por el Consejo de Estado) la condición del servicio público volvió a tener plena vigencia, al considerar que revestía naturaleza administrativa, aquel contrato en el cual al cocontratante, se le hubiera confiado la ejecución directa de un servicio público.

El criterio del servicio público²⁷ es insuficiente para centrar en él la noción conceptual de contrato administrativo, ya sea porque no existe acuerdo doctrinal acerca de los alcances ni amplitud del concepto,²⁸ o bien, por la aparición de los llamados, en Francia, servicios públicos industriales o comerciales que, en principio, se hallan sujetos a las reglas del derecho privado.²⁹

26 Pequignot, Georges, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, París, Editions A. Pédone, 1945, pp. 69 y 55. Así se ha ratificado en Informe de 1996 (Rapport du Conseil d'Etat), de cara a la Europa de Maastricht y respecto de todo el régimen de la administración pública.

27 Para una explicación sencilla de la teoría del servicio público, puede verse Prat, Julio A., *Derecho administrativo*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1984, t. VI, vol. I, pp. 35 y 55.

28 Díez, Manuel María, *Derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1974, t. III, p. 21.

29 Laubadère, André de, Moderne, Frank y Delvolvé, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, 2a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, t. I, p. 182.

d. Las cláusulas exorbitantes

33. La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público, para constituir el criterio determinante de la noción de contrato administrativo, provocó en la doctrina y jurisprudencia francesas la aparición de una corriente que, al advertir la presencia en casi todos los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal hecho la solución al problema de la caracterización del contrato.

La inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la administración, tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, hacía presumir la intención de recurrir al régimen del contrato público y sólo en subsidio de ella, la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el contratante participara en forma directa en la gestión del servicio público.

¿Qué se entendió por cláusula exorbitante? Mientras para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes eran aquellas que resultaban inusuales en el derecho privado,³⁰ para otros eran las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas, no faltando quienes propugnaron una noción amplia comprendiendo tanto a las que fueran ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o mercantil. Por su parte, hubo quienes³¹ consideraron también cláusula exorbitante, a aquella que tenía por objeto otorgar a las partes derechos e imponerles obligaciones extraños, por su naturaleza, a los que resultan libremente consentidos por cualquiera, dentro del ámbito de las leyes civiles o mercantiles. Así, se consideraron cláusulas exorbitantes, las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, etcétera.

C. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN

34. La celebración de los contratos administrativos que realiza la administración pública está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual, servirá para seleccionar a su cocontratante.³²

30 Cfr. Georges Vedel, *op. cit.*, p. 191.

31 Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, 16a. ed., París, Dalloz, 1996, p. 144.

32 Cfr. Escola, *op. cit.*, p. 290.

Por ello, el procedimiento formativo del acuerdo de voluntades es muy importante, y en esencia es semejante para cualquier contrato que celebre la administración pública, aunque puede variar en su forma dependiendo del objeto que la contratación persiga, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico que lo regule.

Por otro lado, tal procedimiento, como requisito formal del contrato a celebrarse, es obligatorio para la administración pública cuando el ordenamiento jurídico así lo indique, ya que de no llevarse a cabo daría lugar a la nulidad absoluta del contrato respectivo.

Además, dicho procedimiento es de naturaleza administrativa y, por lo tanto, se encuentra sujeto al régimen de derecho administrativo, ya que en él predomina el interés público, para cuyo objeto se establece.

Ahora bien, si este procedimiento resulta de carácter obligatorio, su formación varía, tomando en cuenta el objeto de la contratación y la regulación jurídica establecida, la cual en algunos casos será compleja y en otros, se llevará a cabo de manera más sencilla.

Por ello, según el régimen jurídico adoptado, la administración pública podrá elegir libre y directamente la persona con la cual contratará, o bien, carecerá de la libre elección y tendrá que hacerlo bajo una forma restringida.

1. *Sistema de libre elección*

35. El sistema de libre elección del cocontratante de la administración pública, consiste en la facultad que tienen los órganos administrativos para elegir, en forma directa y discrecional, a la persona o la institución con la cual va a contratar sin sujetarse a procedimiento especial alguno.

Doctrinalmente, este sistema constituye la regla general de la actividad contractual de la administración pública, ya que los sistemas restrictivos sólo operan, de manera excepcional, cuando existe una norma jurídica que así lo establezca, ya que de lo contrario el órgano administrativo goza de libertad para que de manera directa y discrecional seleccione a su cocontratante.

36. El padre de esta teoría lo es sin duda, Gaston Jèze,³³ seguida sobre todo por la mayoría de la doctrina en Argentina;³⁴ por su importancia reproduciremos el texto de la obra de Jèze:

³³ *Op. cit.*, pp. 76 y 77.

³⁴ Citados todos ellos por Maiorano, Jorge Luis, “La Corte Suprema mantiene su doctrina en materia de selección del contratista estatal”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1990-A, p. 623.

Hoy, todas las administraciones públicas realizan comúnmente la adjudicación pública: Estado, departamentos, municipios, establecimientos públicos, colonias. Sin embargo, no es éste el principio general. No todo contrato de la administración debe necesariamente concluirse previa adjudicación pública.

La regla cierta del derecho público francés es que la administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante. La excepción es que la competencia de la administración está trabada desde este punto de vista, y que debe procederse por el sistema de la adjudicación pública.

Por numerosos que sean los textos que disponen la adjudicación, ninguno formula *la obligación general* —para la administración— de no concluir ningún contrato sin previa adjudicación. De ahí se deduce que, *cuando un texto legal o de reglamento no ha impuesto la adjudicación, la administración no está obligada a recurrir a ella. Puede hacerlo, pero si no lo hace, no viola ninguna regla de derecho.*

En otros términos: el contrato privado es la regla, y el contrato por adjudicación, la excepción.

Es preciso no dejarse engañar sobre el principio, por el hecho de que existen muchos textos que disponen la adjudicación. Esto significa que las excepciones al principio del contrato privado son muy numerosas.

Tampoco hay que dejarse engañar por el hecho de que hay categorías de contratos para las cuales los textos legales formulan el principio de la adjudicación y sólo admiten el contrato privado a título excepcional. Ejemplo: contratos de suministro y de obra pública.

Esto último lo decía, por lo que ya algunos autores, años atrás, habían señalado, como el caso de Ducrocq,³⁵ de que la adjudicación es la regla general, en materia de contratos de obra pública y de suministro, siendo la excepción, la negociación privada.

37. En algunos países como Brasil,³⁶ el sentido de la teoría de Jèze es a la inversa, o sea, que prevalece la regla de la licitación pública, como principio general.

El hecho de que la administración pública cuente con un sistema de libre elección de su cocontratante, no implica que esté exenta, de manera absoluta, del cumplimiento de los requisitos legales que deba satisfacer, para que la contratación administrativa sea eficaz y legal.

³⁵ Ducrocq, Théophile, *Cours de Droit Administratif*, 7a. ed., París, Ancienne Librairie Thorin et Fils Fontemoing Editeurs, 1897, t. 2, p. 249.

³⁶ Así lo señala Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 5a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 267.

Tal libertad sólo es operante tratándose de la forma o el modo de selección del cocontratante, pero no de los requisitos, que regulan el debido ejercicio de esa actividad contractual.

De dichos requisitos sobresalen los relativos a la determinación de la necesidad de la contratación; los detalles técnicos y financieros; la aptitud personal y moral del cocontratante, los cuales deberán efectuarse de acuerdo con las normas jurídicas que ríjan esos casos.

2. Sistemas de restricción

38. En cuanto a los sistemas de restricción, éstos limitan la libertad de los órganos administrativos para seleccionar a su cocontratante, ya que debe realizarlos la administración, a través de un procedimiento especial.

Estos sistemas restrictivos constituyen una excepción al sistema de libre elección, puesto que sólo son obligatorios cuando la norma jurídica los establece.

Tal obligatoriedad es de vital importancia para la validez del contrato a celebrarse, pues su incumplimiento trae consigo la nulidad de dicho contrato e inclusive acarrea responsabilidades administrativas, para los servidores públicos que hayan participado en tal irregularidad.

39. Los procedimientos restrictivos que pueden adoptar los sistemas jurídicos son:

- a) licitación, en sus diferentes tipos que puede ser:
 - 1) pública; y
 - 2) privada
- b) la contratación directa;
- c) el remate o subasta pública; y
- d) el concurso.

a. Licitación

40. Es un procedimiento administrativo, que tiene por objeto seleccionar al cocontratante de la administración pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes (sobre todo el precio) para el órgano convocante.

La licitación puede ser pública o privada; y aunque algunos autores hablen de un tercer tipo, la restringida, esta última es una subespecie de la licitación pública, de tal manera, que sólo comentaremos las dos primeras:

1) Licitación pública

41. De suyo, la licitación pública es el tema principal de este trabajo, por lo que se analizará en todos los capítulos subsecuentes.

2) Licitación privada

42. La licitación privada se distingue de la pública, sobre todo por el hecho de que la participación en el procedimiento está subordinada a una invitación de la administración, que cuenta con un amplio poder discrecional, en la formación de la lista de las empresas que habrá de convocar.

La invitación podrá estar constituida, ya sea por el aviso a comparecer, el día y la hora determinada, en el lugar en donde se llevará a cabo el procedimiento, a efecto de presentar las ofertas.

La licitación privada, prácticamente sigue las mismas reglas de la pública, incluso termina con la adjudicación, y dicho acto tiene la misma naturaleza y los mismos efectos en ambos procedimientos de contratación.

En la licitación privada, el procedimiento se lleva a cabo entre las empresas participantes y la elección se hace de acuerdo con la mayor conveniencia económica. En Italia,³⁷ este procedimiento es el que se emplea con mayor frecuencia, ya que la selección de los participantes garantiza a la administración, en mejor forma, la mayor parte de las prestaciones que deberán darse o realizarse a la administración, requiriendo actualmente de un importante grado de especialización.

La posibilidad de celebrar una licitación privada, por lo general, se basa en el monto o valor de la obra pública, los servicios o bienes que se adquieren.

En cuanto a la licitación restringida, Marienhoff³⁸ hace distinción con la privada, señalando que la primera es aquella en que únicamente pueden intervenir personas o entidades que reúnan ciertas condiciones de idoneidad

³⁷ Landi, Guido y Potenza, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 8a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1987, p. 617.

³⁸ *Op. cit.*, p. 179.

especialmente requeridas, o que respondan a especiales requisitos fijados por la administración pública. Así, habrá restricción o limitación cuando sólo se admitan como licitadores a personas de un distrito o municipio, o a empresarios con cierta capacidad mínima de producción. Aquí no hay “invitación” personal, sino “llamado a licitación”. Pero este tipo de licitación “restringida”, no es sino una subespecie de la licitación pública, a cuyo régimen debe adscribírsela en lo pertinente.

b. La contratación directa

43. A este procedimiento se le ha llamado de diversas formas: así, por ejemplo en Francia se le llama *marchés de gré à gré*³⁹ o *marchés négociés*;⁴⁰ en Italia, *trattativa privata*;⁴¹ en España, “procedimiento negociado”;⁴² en Colombia, contratación directa;⁴³ y en Venezuela, adjudicación directa.⁴⁴

La contratación directa constituye el modo más simple de celebrar contratos, precisamente porque el mismo ofrece a la administración menores garantías, aunque ofrece la innegable ventaja de poder obtener mejores condiciones, en cuanto a obras o suministros.

En la contratación directa la administración pública gestiona, con un particular, mediante *trato directo*, la posibilidad de llegar a un acuerdo conveniente para las partes, sin necesidad de concurrencia. En este orden de ideas, la administración tiene gran margen de libertad para seleccionar a su cocontratante.

No debe confundirse el sistema de contratación directa con el sistema de *libre elección*. Este último, como sistema, es “originario y genérico”, comprende todo tipo de contratos; en cambio, *la contratación directa* es un sistema específico, procede para casos determinados, y además por lo general, es *subsidiario*, pues procede ante el fracaso de una licitación.

³⁹ Quocard, Michel, *L'Adjudication des Marchés Publics de Travaux et de Fournitures*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1945, p. 291.

⁴⁰ Code des Marchés Publics, artículo 103.

⁴¹ Santoro, Pelino, *I Controlli sull'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1992, p. 165 y R. D. 18 noviembre 1923, n. 2440. Sulla Contabilità generale dello Stato, artículo 92.

⁴² Ley de Contratos del Estado, artículo 28.

⁴³ Decreto 222 de 1983 sobre contratos de la administración pública, artículo 29.

⁴⁴ Ley de Licitaciones, artículo 33.

c. Remate o subasta pública

44. Otro medio de que el Estado se vale para efectuar sus contrataciones es el remate público o subasta pública; figura ésta que, si bien es cierto tiene vigencia en el derecho administrativo, ha tenido más desarrollo en el derecho privado, especialmente en el derecho civil y mercantil. El remate consiste en la venta de bienes, en público, al mejor postor. En ese acto no hay selección de concurrentes, concurre quien desee hacerlo.

En diversas legislaciones, tanto nacionales como extranjeras, el remate o subasta se ha usado con gran imprecisión, ya que le asignan carácter de sinónimo con la licitación pública, lo que es un error dadas las notorias diferencias entre ambas figuras.

En un principio, la figura jurídica del remate ha sido muy clara: así, desde el siglo XVIII, Melgarejo precisaba que el remate era un procedimiento mediante el cual se vendían diversos bienes, y en el cual se aceptaba una postura o puja.⁴⁵

45. Lo que realmente configuró la confusión fue el uso del término subasta, que prevalece hasta la fecha en diversas legislaciones; así, por ejemplo, en España Ortiz de Zúñiga⁴⁶ en el siglo pasado expresaba: “El suministro de materiales ha de contratarse precisamente en pública subasta... las subastas han de verificarse ante el alcalde del pueblo que por su situación ofrezca más comodidad para la concurrencia de los licitadores...”.

Años después, en 1927, Carlos García Oviedo⁴⁷ expresaba que la subasta “es un llamamiento general e indeterminado que hace la administración, comprometiéndose a adjudicar la obra o servicio a la persona o entidad que haga la proposición más ventajosa... en todos los países las legislaciones aceptan la subasta como forma general de la contratación administrativa”.

46. Finalmente, en cuanto a esta figura, sólo nos resta comentar por lo especial del caso, que en Italia, según el artículo 73 de la Ley Della Contabilità Generale dello Stato y comentada profusamente por Giuseppe Fazio,⁴⁸ la subasta puede tener lugar de diversas maneras:

⁴⁵ Melgarejo, Pedro, *Compendio de contratos públicos*, Madrid, Imprenta de Antonio Mayoral, 1764, p. 307.

⁴⁶ Ortiz de Zúñiga, Manuel, *Elementos de derecho administrativo*, Granada, Imprenta y Librería de Sanz, 1843, t. III, p. 150.

⁴⁷ García Oviedo, Carlos, *Instituciones de derecho administrativo*, Sevilla, Imprenta y Librería de Eulogio de las Heras, 1927, t. I, p. 290.

⁴⁸ Fazio, Giuseppe, *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1988, t. I, p. 73.

- 1) Con el método de extinción de la vela virgen.
- 2) Por medio de la oferta secreta que se confronta con un precio mínimo, máximo o base.
- 3) Por medio del pregonero público.

A continuación, comentaremos brevemente cada uno de ellas:

1) La vela virgen

47. Si la subasta se desarrolla con el método de extinción de la vela virgen, viene expresamente determinado en la invitación o al inicio de la subasta, el precio base de partida. Quien preside la subasta debe encender cuando menos tres velas. Si la tercera vela se extingue sin que se hayan hecho ofertas, el remate se declara desierto. Si en cambio, mientras arde una de las tres velas se hacen ofertas, se encenderá una cuarta vela, y así sucesivamente otras velas se prenderán mientras se hagan ofertas.

Cuando una de las velas encendidas después de las primeras tres, se extingue y se consume sin que se haya hecho alguna oferta, durante todo el tiempo en que ha estado encendida, se hace la adjudicación en favor del último mejor oferente.

2) Por medio de la oferta secreta

48. En este caso, la oferta se confronta con la ficha secreta de la administración: así, previamente se establece el límite máximo o mínimo para poder proceder a la adjudicación, límite que es indicado en una ficha secreta cerrada con sello especial.

En esta misma hipótesis, la oferta secreta se puede confrontar con el precio base de la subasta; en este caso, las operaciones son más sencillas, porque la autoridad que preside la subasta, una vez abiertos los pliegos presentados y leídas las ofertas, no hace otra cosa que adjudicar el contrato a quien ha presentado la oferta más ventajosa, respecto al precio indicado en el aviso de subasta.

3) Por medio de pregonero público

49. Este sistema es seguido cuando deben ser enajenados inmuebles fuera de uso, o bien productos, residuos de fabricaciones o de construcciones o de manufacturas, en los talleres del Estado.

d. Concurso

50. El concurso es un procedimiento que celebra la administración, mediante oposición, que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, entre dos o más personas. Por lo tanto, concurso es algo totalmente distinto a licitación y a remate o subasta, como se ha confundido por diversas legislaciones y tratadistas.

El común denominador de esas tres figuras, licitación, remate y concurso, se refiere al factor “conurrencia”, en el sentido de oposición entre los diversos candidatos; en cambio, difieren en el aspecto sobre el que incide esa oposición; en un caso (concurso) se tiene principalmente el factor personal y en los otros casos (licitación y remate) se consideran las condiciones técnicas y financieras, o estas últimas exclusivamente referidas entonces al precio.

El vocablo “concurso” debe reservarse para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, entre dos o más personas, o sea, es un medio de selección de la persona más autorizada para el cumplimiento de una tarea, y tiene en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato.

Por lo tanto, mientras el concurso se vincula más a lo intelectual, científico o artístico; la licitación, en cambio, se vincula a lo material, comercial o industrial.

51. En algunas legislaciones se habla de “concurso de precios”, expresión totalmente incorrecta, ya que el concurso, propiamente dicho, nada tiene que ver directamente con el precio, pues consiste en la oposición, como ya hemos dicho, que se realiza para determinar la mayor capacidad de la persona. Sólo nos resta comentar que en Brasil, el concurso se considera una modalidad de la licitación.⁴⁹

⁴⁹ Justen Filho, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Río de Janeiro, Aide Editora, 1994, p. 115.

D. RÉGIMEN LEGAL MEXICANO

52. Para su comprensión a esta sección la hemos dividido en un breve bosquejo histórico, en un panorama de la legislación actual, en un análisis del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México; y finalmente, en una pincelada sobre la interpretación judicial mexicana.

1. Bosquejo histórico

a. Antecedentes previos a la Constitución Política de 1917

53. Los antecedentes más remotos de los contratos administrativos, y en especial de la licitación pública, en nuestro país, los encontramos en la época prehispánica, sobre todo en cuanto a la ejecución de las obras públicas; ahora bien, dados los regímenes teocráticos que privaban en esa época, la obra pública estaba dirigida, en buena parte, al desarrollo de las ideas imperiales y religiosas de aquellas sociedades cuya imposición, de grado o por fuerza, representaba una de las principales finalidades de su actividad. Por ello, a decir de Francisco González de Cosío,⁵⁰ “los vencidos constituyan el más importante elemento de trabajo en las obras públicas, tanto en el acarreo de los materiales como en su realización física, la cual determinaba una estratificación social, así como un sistema de tributos y servicio personal a que resultaban aquellos obligados”.

54. Estimamos que la primera licitación pública como tal en México, se efectuó en 1767, en la época del virrey Carlos Francisco de Croix (1766-1771), con la ejecución de la obra pública del desagüe de la ciudad de México, en virtud del problema que había sido el número uno desde la época prehispánica, referente a las inundaciones que sufría la gran capital en la época de lluvias.

Para llevar a cabo este magno proyecto, el gobierno impuso una contribución sobre rentas de casas, huertas y tierras, y se pidió la cooperación de las clases privilegiadas. A decir del propio González de Cosío,⁵¹

Se consideró también conveniente rematar las obras al mejor postor, y a este fin, después de averiguarlo el producto neto que daban las fincas, con el propósito

⁵⁰ González de Cosío, Francisco, *Historia de las obras públicas en México*, México, Secretaría de Obras Públicas, 1973, t. II, p. 146.

⁵¹ *Ibidem*, p. 292.

de calcular el impuesto, se pusieron a pregón en pública subasta, habiendo quedado rematadas al Tribunal del Consulado de México, el que se obligó a ejecutarlas por la cantidad de 800 mil pesos y en el plazo de cinco años.

Previamente, nos dice Lanz Cárdenas⁵² que en tiempos de Felipe II (1556-1598) se puso en práctica en España, y probablemente llegó a la Nueva España, la enajenación en pública subasta de los oficios concejiles (parte de la burocracia virreinal) los que se adjudicaban al mejor postor.

En 1852, Teodosio Lares⁵³ nos habla ya de la utilización frecuente que se hacía del otorgamiento de las obras públicas, a través del remate, licitación o subasta; a saber, señala: “en las adjudicaciones de las empresas ú obras públicas, el remate se hace a cuenta y riesgo del empresario, y son de su cargo los peligros y consecuencias que puedan seguirse por la subida de los precios de los materiales”.

55. Con la expedición del Decreto del Gobierno sobre Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas que Administren como propietarios las Corporaciones Civiles o Eclesiásticas de la República, por el presidente Ignacio Comonfort el 25 de junio de 1856, se volvía a señalar la figura del mejor postor para adjudicar este tipo de bienes; así pues los artículos 1o. y 5o. de tal decreto señalaban:

Artículo 1º.- Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles ó eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculada como rédito al seis por ciento anual.

Artículo 5º.- Tanto las urbanas, como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta Ley, se adjudicarán al mejor postor en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido.⁵⁴

⁵² Lanz Cárdenas, José Trinidad, *La Contraloría y el control interno en México*, México, FCE, 1987, p. 42.

⁵³ Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, UNAM, 1978, 1a. reimpresión de la edición de 1852, p. 105; sobre la actualidad de Lares, cfir. Cortiñas-Peláez, León, “Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial”, *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, Caracas, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1984, 2 vols., esp. t. I, pp. 235-254; y ahora, del mismo Cortiñas, “Separación o división de poderes: respecto del parteaguas entre administración y jurisdicción”, *Legislación y doctrina administrativas en la obra de Teodosio Lares*, México, Alegatos, UAM-Atzcapotzalco, abril 1998, pp. 5-32.

⁵⁴ Guzmán Galarza, Mario, *Documentos básicos de la reforma 1854-1875*, México, PRI, 1982, t. I, p. 246.

Si bien es cierto, que en el siglo pasado se comenzó a utilizar la licitación, en aquel entonces llamada remate o subasta, para la adjudicación de las obras públicas, la figura jurídica que más se usó fue la concesión, ya que “la generalidad de la concesión indica que deben excluirse los monopolios y privilegios, y que deben comprenderse todas las fábricas é industrias de que se trate”.⁵⁵

56. Así, encontramos que en esa época, se usó la concesión como figura para adjudicar obras públicas, en especial la de construcción de caminos; con esa finalidad, el gobierno y el Congreso expedieron una serie de disposiciones relativas a la materia, como:

- Decreto de 9 de octubre de 1826, autorizando al gobierno para que contrate la apertura y arreglo de los caminos nacionales.
- Ley de 29 de marzo de 1834, que fija las reglas generales a que debe sujetarse el gobierno, para la apertura de esos caminos.
- Ley de 11 de septiembre de 1827. Sobre junta de peajes en los caminos existentes entonces y que administraba el Consulado de México.
- Ley de 25 de marzo de 1835, que aclara la de 29 de marzo de 1834 en el sentido de su no retroactividad.
- Decreto de Santa Anna de 24 de septiembre de 1843 que da reglas generales sobre los caminos. A decir de Trejo Lerdo de Tejada, esta fue la primera ley de carácter genérico que se dictó sobre vías de comunicación.⁵⁶
- La Constitución Política de 1857 en su artículo 72, fracción XXII, determinó que es facultad expresa del Congreso de la Unión: “Dictar Leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos.”
- Ley de 1o. de marzo de 1861, sobre formación de cartas itinerarias.
- Decreto de 17 de enero de 1868, sobre conservación de caminos, y penas que deben imponerse a los que los deterioren.
- Ley de 16 de diciembre de 1881, sobre reglamentación de ferrocarriles, telégrafos y teléfonos y su Reglamento de 1o. de julio de 1883.⁵⁷

55 Vázquez, Juan M., *Curso de derecho público*, México, Tipografía Literaria de F. Mata, 1879, p. 353.

56 Trejo Lerdo de Tejada, C., *Derecho administrativo mexicano. Su formación y desarrollo de 1810 a 1910*, México, Talleres Tipográficos de *El Tiempo*, 1910, p. 81.

57 Ruiz, Eduardo, *Curso de derecho constitucional y administrativo*, México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1888, t. II, p. 136.

Ante este alud de disposiciones sobre vías generales de comunicación, el gobierno hubo de crear la Secretaría de Comunicaciones, por Ley de las Secretarías de Estado del 13 de mayo de 1891, con facultades en los ramos de correos, telégrafos, ferrocarriles, caminos y obras públicas;⁵⁸ esta Secretaría vino a segregar estas funciones, de la anterior Secretaría de Fomento, quien las tenía a su cargo, por disposición de ley expedida por Benito Juárez el 23 de febrero de 1861,⁵⁹ dando cumplimiento al mandato constitucional de 1857.

57. El 25 de abril de 1893, Porfirio Díaz, siendo presidente de México, publicó la Ley de la Renta Federal del Timbre, que tenía como propósito, entre otros, unificar la legislación relativa a diversos tributos; el propio ordenamiento contempló el pago de un impuesto por concepto de avisos o anuncios de remate o almoneda (artículo 9, numeral 8), así como exentó del pago del impuesto del timbre a los contratos celebrados oficialmente entre autoridades o corporaciones oficiales (artículo 9, numeral 26).⁶⁰

Si bien es cierto que legalmente se usaba, durante el siglo pasado, la figura de la concesión para la adjudicación de obras públicas, durante ese mismo periodo, se empezó a usar en la administración pública, la licitación o remate o subasta, como se les conocía, para la celebración de obras públicas; de ello nos da cuenta José María del Castillo Velasco,⁶¹ que a nuestro entender es el primer tratadista de derecho administrativo mexicano que desarrolló esta figura jurídica; leamos pues lo que Castillo Velasco escribía en 1875:

No es obligatorio, sino potestativo en la administración ejecutar dichas obras (públicas) y desempeñar tales servicios por sí misma ó por medio de particulares que se comprometen a suplir los cuidados del gobierno mediante una cantidad convenida; mas cuando prefieren el medio de los contratos, es la primera máxima en este punto que se celebren con publicidad y concurrencia: dos circunstancias que manifiestan su fuerza y su celo exquisito en promover y adelantar los intereses del Estado... se verifican tales contratos para toda clase de obras y

⁵⁸ Velasco Rus, Luis, *Nociones de derecho constitucional mexicano*, 4a. ed., México, Herrero Hnos. Editores, 1901, p. 111.

⁵⁹ Castillo Velasco, José María del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, México, Impreso por Castillo Velasco e Hijos, 1875, t. I, p. 82.

⁶⁰ Torre, Juan de la, *La Constitución Federal de 1857*, México, J. Valdés y Cueva, 1891, pp. 12 y 21 del 2o. anexo de disposiciones legales.

⁶¹ *Op. cit.*, t. II, pp. 47 y 48.

servicios por cuenta del Estado, mediante la subasta y en remate público y solemne ante la autoridad a quien corresponde.

El remate se adjudica siempre al mejor postor, con tal de que su proposición esté ajustada a la forma previamente establecida para la subasta.

Todas las proposiciones deben hacerse en pliegos cerrados para evitar confabulaciones y la intervención de terceros movidos por el deseo de alcanzar una prima: ardides de la codicia que ceden en menoscabo de los intereses del Estado. En seguida se procede a su lectura, se declara la proposición más ventajosa, se extiende el acta por el escribano que intervenga, y legalizada en forma, se eleva al superior para la resolución definitiva si ha lugar a solicitarla.

Aprobado el remate, el adjudicatario otorga la escritura de obligación, constituye la fianza estipulada y es conveniente que renuncie el fisco de su domicilio para los casos en que sea preciso proceder ejecutivamente hasta lograr el cumplimiento de lo pactado.

b. Reseña a partir de la Constitución Política de 1917

58. El primer antecedente moderno de los contratos administrativos, y en especial de la licitación pública, lo encontramos en la propia Constitución de 1917, en el artículo 134, el cual no se encontraba en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, sino que en el Congreso Constituyente, la Comisión de Constitución, integrada por los diputados Paulino Machorro Narváez, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina, decidió presentar la propuesta al pleno, de adición de un artículo que sería el 134, y que tras breve discusión el 27 de enero de 1917 fue aprobado con el siguiente texto:⁶² “Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.”

Lo anterior significaba que, únicamente quedaban incluidos los contratos de obras públicas, excluyéndose en forma automática, cualquier otro contrato; este texto permaneció, prácticamente, inalterado hasta su reforma en 1982.

59. Desde 1917 hasta nuestros días, tanto el Congreso de la Unión como la autoridad administrativa, han dictado una serie de disposiciones que tienen relación directa o indirecta con los contratos administrativos, y en

⁶² Congreso de la Unión, *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Librería Manuel Porrúa, 1978, t. VIII, p. 951.

especial con la licitación pública; a continuación vamos a enunciar lo que a nuestro juicio, son las principales disposiciones; excluyendo desde luego, decenas de circulares, oficios, normas varias, que el Ejecutivo o las diversas secretarías de Estado han emitido, en forma indiscriminada.

1) Ley de las Secretarías de Estado, del 25 de diciembre de 1917. En dicho ordenamiento, contemplaba en su artículo 16, que “las obras materiales de las secretarías, departamentos y en general las del gobierno federal, serán ejecutadas por la Secretaría de Comunicaciones conforme al artículo 134 de la Carta Magna”.

2) Ley Orgánica del Departamento de Contraloría de la Federación del 10. de marzo de 1926. En esta Ley se le otorgaban facultades a la Contraloría para vigilar los contratos que el gobierno celebrara.

3) Reglamento que establece la intervención de la Contraloría, en materia de contratos y compras, del 15 de julio de 1926.

4) Reglamento para la autorización de créditos en contra de la Federación y de contratos en que la misma sea parte, del 23 de enero de 1933. En su artículo 27 señalaba: “los pedidos (de compras) se adjudicarán al cotizador que ofrezca mejores condiciones por lo que toca a precio, calidad de los artículos, plazo para el pago, facilidades de entrega y demás circunstancias ventajosas en cada caso”.

5) Ley de Secretarías y Departamentos de Estado del 31 de diciembre de 1935. Creó la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, debido a la importancia de esta última categoría.

6) Ley del Servicio de Inspección Fiscal de 13 de abril de 1936. Se mencionó en esta Ley que la Secretaría de Hacienda tendría a su cargo la inspección fiscal, la cual comprendía entre otras cosas, “la intervención en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción”.

7) Reglamento de la Ley del Servicio de Inspección Fiscal del 4 de septiembre de 1936. El cual regulaba que la Oficina Central de Inspección Fiscal debía revisar los proyectos de convocatorias de obras públicas, así como intervenir “en la apertura y lectura de las proposiciones presentadas” (artículo 87). Asimismo, intervenía en las compras que efectuaran las dependencias del Ejecutivo Federal (artículos 118 y ss.).

8) Ley General de Bienes Nacionales del 3 de julio de 1942. Señalaba en su artículo 40 que la enajenación de bienes inmuebles de la Federación, se podría llevar a cabo, en los casos y condiciones fijados por la Ley; pero siempre en subasta pública.

9) Decreto que reglamenta las compras para las dependencias del Ejecutivo Federal, del 2 de febrero de 1944. Esta disposición expedida por el presidente Ávila Camacho, es muy importante, ya que por primera vez se habla de “concursos”, y se expresa que los concursos deberían celebrarse, mediante convocatoria y que se publicara en dos periódicos; señalaba que las cotizaciones se presentaran en sobre cerrado y lacerado; manifiesta la apertura de sobres, como un acto solemne y el establecimiento de una garantía de cumplimiento del contrato. Asimismo, se dividieron las compras en tres categorías, por su monto.

10) Instructivo número 7 para actos de Inspección Fiscal en las compras que hagan las dependencias del Ejecutivo Federal, del 30 de marzo de 1944. Se expresó la primera idea sobre concursos desiertos.

11) Reglamento Interior de la Comisión Coordinadora de Compras, de 24 de abril de 1944. Se le otorgaron muchísimas facultades, entre ellas, la creación y control de un Registro Nacional de Proveedores.

12) Reglamento de las Subastas a que se refiere la Ley General de Bienes Nacionales, del 4 de marzo de 1949. Dicho ordenamiento describía con toda precisión este tipo de procedimientos administrativos. En su artículo 12 señalaba que “todo postor queda obligado a sostener su postura hasta el momento en que sean notificados los postores, de la resolución que finca la subasta”.

13) Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 24 de diciembre de 1958. Ella separó la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, creando dos secretarías: la de Comunicaciones y Transportes, por un lado, y por otro la Secretaría de Obras Públicas, encargando a esta última, entre otras cosas, el establecimiento de bases y normas para contratar obras públicas.

14) Ley de Inspección de Adquisiciones, del 30 de diciembre de 1965. Sustancialmente, señalaba la obligatoriedad de inscribirse en el Padrón de Proveedores del Gobierno Federal, que controlaba la Secretaría de Patrimonio Nacional, para poder vender a cualquier dependencia o entidad federal.

15) Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, del 4 de enero de 1966. Esta Ley se refería exclusivamente a los contratos de obras públicas y estableció la obligatoriedad de inscripción, en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal. Asimismo en su artículo 14 señalaba: “La Secretaría del Patrimonio Nacional vigilará que la contratación y ejecución de

las obras y celebración de subastas para adjudicar los contratos que lleven a cabo las dependencias, se ajusten a las bases, normas generales y criterios para la integración de precios unitarios...”.

16) Bases y Normas Generales para la Construcción y Ejecución de Obras Públicas, del 28 de enero de 1970 y del 3 de septiembre de 1974. En el fondo eran un reglamento sobre contratación de obras públicas.

17) Ley de Inspección de Adquisiciones, del 6 de mayo de 1972. Señalaba en su artículo 8o. que los pedidos o contratos de adquisiciones, se considerarían autorizados si se ajustaban a cualquiera de los siguientes procedimientos: compras consolidadas, contratos de suministro por períodos fijos, concursos y pedidos negociados, previa investigación de fuentes de suministro.

18) Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, de 31 de diciembre de 1979. Como vemos, en esta disposición se incluyó a los arrendamientos y almacenes, que celebraran y controlaran las dependencias y entidades del sector público.

19) Norma de Concursos para la Adquisición de Mercancías, Materias Primas y Bienes Muebles, del 15 de octubre de 1980. Por primera vez, se reglamentó con todo detalle la licitación pública en nuestro país, aunque sólo referida a las adquisiciones y se le denominó, impropriamente, concurso.

20) Ley de Obras Públicas, de 30 de diciembre de 1980. Por primera ocasión en nuestra legislación se habla del término “licitación pública”, ya que el artículo 30 de esta Ley, señalaba que “los contratos de obra pública se adjudicarán o llevarán a cabo, a través de licitaciones públicas...”. Así pues, se utilizó el término “concurso” para las adquisiciones y “licitación pública” para las obras públicas.

21) Reglamento de la Ley de Obras Públicas, de 11 de septiembre de 1981. Regulaba la Ley ya señalada anteriormente.

22) Reglas Generales para la Construcción y Ejecución de las Obras Públicas, del 18 de octubre de 1982.

23) Normas Generales para la Administración de los Almacenes, de 26 de noviembre de 1982.

24) Normas Generales para la Adquisición de Mercancías, Materias Primas y Bienes Muebles que realicen las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, del 29 de noviembre de 1982.

25) Reforma constitucional del artículo 134, de fecha 27 de diciembre de 1982. Se eleva a rango constitucional la licitación pública y se modifica este artículo, para quedar de la siguiente manera:

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 en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

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

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

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título cuarto de esta Constitución.

26) Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas, del 6 de julio de 1983.

27) Primeras Normas Complementarias sobre Adquisiciones y Almacenes, de 11 de julio de 1983.

28) Acuerdo que establece normas que deberán observarse en la Ejecución de Obras Públicas, del 30 de enero de 1984.

29) Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, del 8 de febrero de 1985. Una Ley más de Adquisiciones que, como novedad relevante, señalaba los casos de excepción de las licitaciones públicas.

30) Reglamento de la Ley de Obras Públicas, del 13 de febrero de 1985. Sin novedad sustancial alguna.

31) Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, de 13 de febrero de 1990.

Hasta 1998 ese era el panorama en general, en materia de contratos administrativos, y específicamente en lo relativo a la licitación pública.

2. *La legislación actual*

a. La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

60. Esta Ley expedida por el Congreso de la Unión recientemente y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1993, es el ordenamiento vigente a partir del 1 de enero de 1994, fecha significativa, porque trae aparejada el inicio de la vigencia del Tratado de Libre Comercio, que celebró México con Estados Unidos y Canadá.

El avance que se siente con esta norma es el de unificación, algo que siempre hemos propugnado en nuestra legislación, ya que funde dos ordenamientos que, como hemos visto, se encontraban ligados entre sí, desde hace muchos años; sin embargo, esta unificación no es del todo satisfactoria, como veremos en el apartado de conclusiones. Ahora, pasaremos a reseñar las principales características de esta Ley, sin perjuicio de que a lo largo de este trabajo, iremos comentando aspectos relacionados con la misma:

1) Desde el punto de vista de su estructura, la Ley contiene 99 artículos, y se encuentra dividida en seis títulos, de los cuales cuatro contienen un capítulo único, uno más tiene cuatro capítulos y el último título tiene dos capítulos.

Me parece que esta Ley tiene errores de sistematización, y sólo pondremos dos ejemplos, ya que no es núcleo de nuestro tema: por un lado, nos encontramos con el título cuarto, que solamente tiene tres artículos, agrupados en un solo capítulo y en cambio, el título 3o. tiene 51 artículos divididos en cuatro capítulos. Por otro lado, para efectos de comprensión, una ley no debe tener artículos tan extensos en su contenido, máximo en nuestra opinión, serían de dos o tres párrafos por artículo; el artículo 5o. de la Ley, por ejemplo, contiene sólo un párrafo con 14 palabras; en cambio, el artículo 33 por tomar alguno, contiene 35 párrafos y la estratosférica cantidad de 955 palabras. A lo largo de toda la Ley, lo anterior se repite con cierta frecuencia.

2) En cuanto a su contenido, la Ley —como ya dijimos— agrupa a la planeación, la programación, la presupuestación, el gasto, la ejecución,

la conservación, el mantenimiento y el control de las adquisiciones, así como el arrendamiento de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza, tanto de la obra pública como de los servicios relacionados con la misma.

3) Contiene un artículo de definiciones, dentro de las cuales resalta la de “tratados”; término al que alude en varias disposiciones.

4) Se otorga la facultad de interpretar la Ley a “efectos administrativos” a tres secretarías de Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, que son: Hacienda y Crédito Público, Contraloría y Desarrollo Administrativo y Comercio y Fomento Industrial.

5) Las controversias que se susciten con motivo de la ejecución de dicha Ley se dejan a cargo de los tribunales federales. Existiendo la posibilidad, bajo ciertas condiciones, de incluir en los contratos, la cláusula arbitral.

6) Se establece la obligatoriedad de establecer comités de adquisiciones, arrendamientos y servicios, en las dependencias y entidades, así como de acuerdo al volumen e importancia, establecer en los mismos entes, comisiones consultivas mixtas de abastecimiento; es importante resaltar que no existe la obligatoriedad para la contratación de obra pública, de contar con estos órganos.

7) Los procedimientos de contratación se señalan claramente, ya que se efectuarán sólo por licitación pública y por invitación restringida, comprendiendo esta última, la invitación a cuando menos tres proveedores o contratistas y la adjudicación directa.

8) Se precisa que las licitaciones públicas, podrán ser nacionales o internacionales.

9) Se menciona la obligatoriedad de publicar las convocatorias para licitaciones públicas y al licitador ganador, en una sección especializada del *Diario Oficial de la Federación*.

10) Se detallan los requisitos de las convocatorias, de las bases de las licitaciones y de los actos de apertura de ofertas.

11) Se establece la posibilidad para los contratantes del Estado de ceder los derechos de cobro, derivados de sus contratos de adquisiciones (artículo 50) o de obra pública (artículo 62).

12) Se describe el contenido de los contratos de obra pública, mas no de los contratos de adquisiciones.

13) Se establece un plazo para pago a proveedores de bienes y servicios (20 días naturales) y a contratistas de obras públicas (30 días naturales), como obligación a cargo de las dependencias y entidades.

Asimismo se establece la figura de pago de gastos financieros, por parte de la administración a los particulares, por incumplimiento de aquélla en los pagos normales que deba realizar.

14) Se señalan con detalle, las excepciones a la licitación pública.

15) Se establecen dos recursos administrativos en la Ley, que más adelante comentaremos.

b. Diversas leyes conexas

61. Dentro de la legislación mexicana existen diversos ordenamientos que, directa o indirectamente, tienen relación con la licitación pública; a continuación mencionamos los más importantes:

1) Ley General de Bienes Nacionales. Esta norma en cierto modo, también es reglamentaria del artículo 134 constitucional, en su parte relativa a las enajenaciones de bienes; así pues, el artículo 62 señala: “La enajenación de bienes (inmuebles) con el fin de aplicar su importe a la adquisición de inmuebles para los servicios públicos de la Federación, en el caso previsto en la fracción III del artículo 58 (enajenación a título oneroso), se hará en subasta pública”.

Lo anterior, es con relación a los bienes inmuebles y en cuanto a las ventas de bienes muebles expresa, en su artículo 79:

Corresponde a las dependencias del gobierno federal la enajenación de los bienes muebles de propiedad federal que figuren en sus respectivos inventarios y que por su uso, aprovechamiento o estado de conservación, no sean ya adecuados para el servicio o resulte inconveniente seguirlos utilizando en el mismo.

Salvo los casos comprendidos en el párrafo siguiente, la enajenación se hará mediante licitación pública.

62. Como habremos notado, las ventas de inmuebles se realizan a través de *subastas* y las de muebles, a través de *licitación pública*, aunque pudiera pensarse que se están utilizando como sinónimos; la Constitución señala que las “enajenaciones de todo tipo” se efectuarán a través de licitaciones públicas.

2) Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en vigor desde 1982, bajo un proyecto “moralizador” en la administración pública, la cual estableció obligaciones del servidor público (artículo 46), algunas de ellas relativas a la contratación de adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, prestación de servicios y obra pública (fracción XXIII); dando lugar su inobservancia a sanciones de carácter administrativo (artículo 53) o de tipo penal (artículo 217 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal).

3) Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal. Esta Ley contempla el gasto público federal relativo a gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pago de pasivo o deuda pública, de los tres poderes de la Unión; asimismo contempla, tanto en su articulado, como en su Reglamento, diversas disposiciones referentes al otorgamiento de garantías en favor de la administración pública.

4) Ley del Banco de México. Creado este Banco, como un ente autónomo en 1993, estableció su norma de creación (artículo 46, fracción XII) facultades especiales, para dictar sus propias reglas relativas a la contratación de adquisiciones, enajenaciones de bienes muebles, arrendamientos de todo tipo de bienes, obra “inmobiliaria”, así como los servicios de cualquier naturaleza, siempre y cuando se sujeten a los criterios del artículo 134 constitucional. Asimismo, señaló casos de excepción a sus licitaciones públicas (artículo 57).

5) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; y el Código Federal de Procedimientos Civiles, que son normas supletorias de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (artículo 13).

6) Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Esta Ley, de 4 de agosto de 1994, contempla los procedimientos administrativos y sus formas de resolución e impugnación.

3. El Tratado de Libre Comercio (NAFTA) de 1994

63. Si bien es cierto que, dando mayor relevancia al mandato constitucional señalado en el artículo 133, de que los tratados, en arreglo a la Constitución, son parte de la Ley Suprema de toda la Unión, el Congreso de la Unión, tuvo que expedir el 2 de enero de 1992 la Ley sobre la Celebración de Tratados. Así el gobierno mexicano ha celebrado en los

últimos años, una serie de tratados, de los cuales el más importante sin duda es el de Libre Comercio de América del Norte, firmado con los Estados Unidos y Canadá, que incluyó un capítulo relativo a las “compras del sector público”, y por supuesto, maneja la figura de la “licitación pública”; he aquí pues, las características principales de este capítulo:

- Las compras del sector público incluyen las compras de bienes, las compras de servicios (prestación de servicios) y los servicios de construcción (obra pública), que realicen las dependencias de los gobiernos federales o estatales, de alguno de los países firmantes.
- Se establecen tres procedimientos de licitación: 1) licitación abierta; 2) licitación selectiva y 3) licitación restringida; lo anterior, estrictamente hablando, no coincide con el artículo 28 de nuestra Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; ya que la licitación abierta se equipara a la licitación pública; la licitación selectiva a la invitación restringida a cuando menos tres proveedores o contratistas y la licitación restringida a la adjudicación directa.
- Las convocatorias para las licitaciones abiertas y las selectivas, tienen que ser publicadas en los principales diarios de circulación nacional o el *Diario Oficial de la Federación*.
- Se establece el término de “contratos recurrentes”, sin definirse cuáles son éstos.
- Se señalan los requisitos de las bases de las licitaciones.
- Se mencionan las características de la presentación, recepción y apertura de ofertas.
- Se permite la presentación de ofertas transmitidas por telex, telegrama, telefacsímil u otros medios de transmisión electrónica.
- Publicación del fallo en el *Diario Oficial de la Federación*, dentro de un plazo máximo de 72 días, a partir de la adjudicación.
- Establece procedimientos de impugnación en las licitaciones.
- En el artículo 1019 del Tratado, se establece que cada país publicará sin demora cualquier ley, reglamentación, jurisprudencia, resolución administrativa de aplicación general y cualquier procedimiento, incluso las cláusulas contractuales modelo, relativas a las compras del sector público.
- El anexo 1010.1, señala en su sección A, que México se esforzará por establecer una publicación especializada para los propósitos de las

convocatorias de compras. Así pues, el artículo cuarto transitorio de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, señala que las convocatorias, a partir del 1 de enero de 1995, serán publicadas, exclusivamente, en la sección especializada del *Diario Oficial de la Federación*.

4. *La interpretación judicial*

64. En materia de interpretación judicial de la Suprema Corte y de los Tribunales de Justicia de la Federación, en general, casi no han existido comentarios, sobre la licitación pública o sobre los contratos administrativos. Sólo mencionaremos dos casos: uno de ellos citado por el maestro Gabino Fraga,⁶³ relativo a una ejecutoria de 28 de febrero de 1930,⁶⁴ resolvió que:

...aunque un conocido principio de derecho establece que las obligaciones que emanan de un contrato no pueden quedar, en cuanto a su validez y cumplimiento, al arbitrio de una de las partes, si se trata de contratos administrativos el principio no es aplicable en lo absoluto, porque el Estado, en determinados casos, se ve en la imposibilidad de atender a los servicios públicos, y para evitar su abandono deja su cumplimiento a empresas particulares, pero como está vivamente interesado en que tales servicios se cumplan, por razones de interés público, tiene capacidad de poder exigir el cumplimiento del contrato, de una manera rápida y expedita sin tener que sujetarse a un largo procedimiento judicial...

65. El otro que citaré es la interpretación efectuada en el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito.⁶⁵ En su parte

⁶³ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía., 1934, p. 429.

⁶⁴ Dictada en el amparo interpuesto por Rogelio Riande y publicada en las páginas 1187 y siguientes del tomo XXVIII del *Semanario Judicial de la Federación*.

⁶⁵ Amparo en revisión 1283/94, actuando como ponente el magistrado Genaro David Góngora Pimentel, y publicado en el *Semanario Judicial de la Federación* de octubre de 1994, páginas 318 a 320, bajo el rubro “Licitación pública. El cumplimiento de sus bases es requisito indispensable para analizar las ofertas y adjudicar el contrato respectivo”. Tal interpretación, entre otras cosas, textualmente señala: “De acuerdo a lo que establece el artículo 134 constitucional, la celebración de los contratos de obra pública, está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación del acuerdo contractual, servirá para seleccionar a su contraparte. A dicho procedimiento se le denomina ‘licitación’, pues a través de él, la administración pública (federal, estatal o municipal), elige a la persona física o moral, que le ofrece las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, eficiencia, eficacia y honradez, para celebrar un contrato determinado y, para ello hace un llamado a los particulares de manera impersonal o personal, para que formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación. En base a dicho precepto constitucional, en México las licitaciones son de tipo público.

medular, diremos que es el primer comentario que hacen los tribunales federales, sobre la institución denominada licitación pública, fundada en el propio texto constitucional. Asimismo, la desglosa en siete etapas: la primera es la partida presupuestal; la segunda, la elaboración de bases o pliegos de condiciones; la tercera, la publicación de la convocatoria; la cuarta, la presentación de ofertas; la quinta, la apertura de ofertas; la adjudicación es la sexta fase y por último, la séptima es el perfeccionamiento del contrato.

De todas las fases o etapas señaladas se aclara que la fase más importante, es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, ya que son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración pública y sus contratantes.

Las etapas que integran su procedimiento se dividen en siete: 1. La existencia de una partida presupuestaria por parte de la administración pública; 2. La elaboración de las bases o pliego de condiciones, en donde se detalle la contraprestación requerida; 3. La publicación de la convocatoria; 4. Presentación de ofertas; 5. Apertura de ofertas; 6. Adjudicación, es el acto por el cual el órgano estatal licitante, determina cuál de las propuestas es la más ventajosa o conveniente para la administración pública; y 7. Perfeccionamiento del contrato, que es la última fase del procedimiento de licitación, en donde una vez que se conozca el nombre de la persona ganadora, el órgano licitante como el adjudicatario predeberán a formalizar o perfeccionar el contrato respectivo. Luego, de acuerdo a las anteriores etapas del procedimiento de licitación, la fase más importante de éste, es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, ya que como se indicó en párrafos anteriores, son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración pública y de sus contratantes, y por ello sus reglas o cláusulas deben cumplirse estrictamente, de manera que su violación o modificación después de la presentación de las ofertas, implicaría una violación al contrato que se llegue a firmar, por lo que el organismo o dependencia licitante, al examinar y evaluar todo el procedimiento de la licitación pública, deberá revisar como una obligación primaria e ineludible los requisitos de forma, que son esencia y sustancia del contrato que se llegue a concretar, es decir, deberá verificar si los oferentes cubrieron con cada uno de los requisitos que se fijaron en las bases y si dicho procedimiento fue seguido en todas sus etapas sin infracción alguna al mismo, pues sólo de esa manera se puede lograr que el contrato respectivo no esté viciado de origen, ya que de existir irregularidades en el procedimiento o incumplimiento de las bases de la licitación por otra parte de alguno de los oferentes, sin que el órgano convocante las tome en cuenta, no obstante su evidencia o trascendencia, y adjudique el contrato al oferente infractor, tanto el licitante como el oferente ganador infringirían al principio, no sólo ya de derecho administrativo derivado de la naturaleza de los contratos administrativos, consistentes en la *pacta sunt servanda*, sino también por acatamiento a la Ley Administrativa (Ley de Obras Públicas y su Reglamento), viciando de esa forma el contrato respectivo; por tanto, el organismo convocante al adjudicar un contrato de obra pública, siempre debe verificar en principio los requisitos de forma para que después analice las propuestas en cuanto a su contenido o fondo, todo ello conforme a las reglas que se hayan fijado en las bases o pliego de condiciones de la licitación”.