

Capítulo sexto. Las garantías en la licitación y la adjudicación	159
A. Las garantías en la licitación pública	159
1. Concepto de garantía	159
2. Tipos de garantías	160
a. Garantía de participación	161
b. Garantía de cumplimiento	162
c. Garantía de anticipos	164
d. Garantía de vicios ocultos	164
3. Modos de constitución	165
a. Fianza	166
b. Cheque	167
c. Fideicomiso	168
d. Aval bancario	168
e. Depósito bancario	169
f. Hipoteca	169
g. Prenda	170
h. Carta de crédito	170
i. Garantías internacionales	171
4. Montos y vigencia	171
B. La adjudicación	172
1. Generalidades	172
2. Concepto de adjudicación	180
3. Criterios de la adjudicación	185
a. Los criterios cuantitativos u objetivos	185
b. Los criterios cualitativos o subjetivos	186
c. Dictamen	188
4. Efectos legales y fallo	189

C. Formalización del contrato administrativo	192
1. La forma	193
2. Convenios modificatorios y cesión de derechos	195
3. La rescisión administrativa	197

CAPÍTULO SEXTO

LAS GARANTÍAS EN LA LICITACIÓN Y LA ADJUDICACIÓN

En este capítulo comentaremos las garantías en la licitación, el procedimiento de adjudicación y como éste se formaliza a través del contrato.

A. LAS GARANTÍAS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

217. El tema del respaldo o garantía para la contratación administrativa, dentro del procedimiento de la licitación pública, reviste una importancia específica, ya que apunta tanto a la seriedad de los oferentes como al cumplimiento del contrato de parte del que resultó adjudicatario, del respectivo concurso.²⁹⁸

Este subcapítulo lo dividiremos en cuatro apartados: el concepto de garantía, los tipos de ella, los modos de constitución y los montos y la vigencia de la garantía.

1. *Concepto de garantía*

218. Mercedes Bohórquez de Sevilla define a la garantía como

un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito; cada uno de los cuales, considerado independientemente de su accesoriedad, con fisonomía propia y muy diferente de aquélla.²⁹⁹

298 Romero-Pérez, Jorge Enrique, *Los contratos del Estado*, cit., p. 153.

299 Cf. Bohórquez de Sevilla, Mercedes, *Las garantías en la contratación pública*, Guayaquil, Ecuador, Edino, 1992, p. 39.

Las garantías de la contratación, dice González-Berenguer, son una institución

a la que obligatoriamente el particular, está sujeto y, que a la vista de la petición de la administración de presentar ofertas para concluir determinado contrato decide, efectivamente, ofertar, debe hacerlo rodeando su propuesta de una serie de requisitos que garantizan en primer lugar, que esta propuesta es seria, y, ulteriormente que va a ser llevada a cabo con fidelidad a su propio contenido.³⁰⁰

El propio autor critica el sistema de garantías por algunos modos, al decir que “por el primitivo sistema de retenerles dinero no parece compatible ni con una economía medianamente desarrollada, ni con un aparato administrativo medianamente eficaz”³⁰¹

Lo cierto es que, a pesar de las críticas, a la gestión para obtener las garantías, éstas son un requisito indispensable para participar en una licitación pública; así lo establece de entrada el artículo 33, en su apartado A, fracción X, al establecer como un requisito, en las bases de licitación, las “instrucciones para elaborar y entregar las proposiciones y garantías”; estas últimas tienen que entregarse obligatoriamente, ya que podrá ser causa de descalificación, el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases,³⁰² o no cumplir con dichas bases puede dar lugar a la pérdida de la garantía.³⁰³

En resumen, la garantía tiene por objetivo garantizar la seriedad de sus proposiciones, y ella puede consistir en una fianza otorgada por compañía debidamente autorizada, o bien otro tipo de garantía establecida por las disposiciones jurídicas relativas o se puede pensar en una doble finalidad: en asegurar el goce y disfrute de un derecho o alternativamente, el cumplimiento de una obligación.³⁰⁴

2. *Tipos de garantías*

219. Por regla general, el ordenamiento jurídico que rige para la contratación administrativa establece dos tipos de garantías para responder por:

300 González-Berenguer, José Luis, *La contratación local*, op. cit., p. 463.

301 *Ibidem*, p. 479.

302 Fracción III del artículo 33 de la Ley.

303 Casella, José, op. cit., p. 95.

304 Villalba Pérez, Francisca Leonor, “Garantías para contratar con la administración pública”, *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada, Cemci, 1996, p. 91.

- la participación (a.), y
- el cumplimiento (b.).

Ambas garantías tienen como propósito fundamental proteger los intereses de la administración en los contratos que se tramiten. Aunque en México, existen otros dos tipos de garantías adicionales: la de anticipos (c.) y la que responde por vicios ocultos (d.) en la obra pública. Las desglosaremos seguidamente, en el orden indicado.

a. Garantía de participación

220. Esta garantía tiene como objetivo respaldar el mantenimiento y la seriedad de la oferta hasta la rendición de la garantía de cumplimiento y formalización por escrito del contrato.

La garantía de participación,³⁰⁵ también llamada “garantía de seriedad de la propuesta”,³⁰⁶ “garantía de mantenimiento de propuesta”³⁰⁷ o simplemente “garantía de la oferta”,³⁰⁸ tiene como propósito, entre otros, que los proveedores o contratistas potenciales estén obligados a sostener sus proposiciones y, por tal razón, se les exige que las aseguren mediante una garantía.³⁰⁹

En lugares como España se les llama fianza provisional,³¹⁰ la cual tiene un carácter de garantía sancionadora si no se mantiene la oferta, aunque los daños y perjuicios sean menores que su importe.

Esta garantía tiene sustento en diversos ordenamientos de la Ley, como los artículos 33, 38 y 39; además, en el artículo 36, se considera a la garantía de seriedad de las ofertas como parte de la propuesta económica.

Lo que es cierto es que esta garantía trata de cubrir lo relativo a la intención seria, responsable y firme de contratar de parte de un potencial y posible oferente o participante en una licitación pública.

305 Romero Pérez, Jorge E., *Los contratos del Estado*, op. cit., p. 154.

306 Uribe Salas, Jorge, *La licitación administrativa*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1984, p. 125.

307 Sayagués Laso, op. cit., p. 98.

308 Marienhoff, op. cit., p. 237.

309 Martínez Alfaro, Joaquín, *Los contratos derivados del artículo 134 constitucional*, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 121.

310 Álvarez Gendín, Sabino, *Tratado general de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1973, t. III, p. 144.

Independientemente de que esta garantía es de participación, había algunos países, como Cuba, en donde se entregaban casi paralelamente las dos garantías; al respecto nos dice Núñez:³¹¹

Consecuencia de la publicación de la subasta son los trámites de presentación de solicitudes, fianzas y depósitos.

La solicitud es el documento privado en el que se le comunica a la administración la voluntad de tomar parte en la subasta.

El depósito y la fianza son trámites posteriores. El depósito es la cantidad que tiene que entregar el solicitante para poder tomar parte en la subasta; fianza es la cantidad con que tendrá que garantizar su actuación en caso de que se le adjudique la obra.

El artículo 38 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas señala que, “la convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo... la que se retendrá hasta el momento en que el proveedor o contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato respectivo”.

El mismo precepto en la fracción III nos señala que: para los efectos de las fracciones I y III, los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse en su favor.

El porcentaje debe fijarse teniendo como respaldo dos principios básicos:

- La necesidad de una amplia concurrencia, para lo cual deben evitarse los límites elevados.
- La búsqueda de seriedad por parte de los oferentes para evitar el retiro de las ofertas, por lo que los límites no deben bajarse a niveles insuficientes.

b. Garantía de cumplimiento

221. El objetivo de la garantía de cumplimiento es lograr la correcta ejecución del contrato, de acuerdo con los términos de adjudicación y a la buena fe; por su medio, la administración pública se garantiza el fiel cumplimiento del contrato correspondiente.

³¹¹ Núñez y Núñez, Eduardo, *Tratado de derecho administrativo*, 13a. ed., La Habana, Imprenta J. Hernández Lapido, 1926, t. II, p. 245.

El cumplimiento a los términos de la ejecución del contrato da fundamento a la administración para ejecutar esta garantía, según el monto contratado y el plazo convenido para la entrega del bien o servicio.

Esta garantía tiene su fundamento en el artículo 38 de la Ley, de tal modo que la garantía de seriedad de las proposiciones, “se retendrá hasta el momento en que el proveedor o contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente”; o sea que la nueva garantía sustituye a la anterior para convertirse en la *cauzione definitiva*.³¹²

La garantía de cumplimiento del contrato tiene por objeto respaldar el cumplimiento general de todas las obligaciones contraídas por el contratista y que, por lo mismo, es la más utilizada en la mayoría de los contratos.³¹³

La fianza definitiva, a decir de García de Enterría y Fernández,³¹⁴ responde de las penalidades impuestas al contratista, por razón de la ejecución del contrato y de los daños y perjuicios que el contratista pueda ocasionar a la administración con motivo de la ejecución del mismo, así como de los gastos originados a la propia administración por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Lo cierto es que la propia ley (artículo 38) permite que las dependencias y entidades puedan exceptuar al proveedor o contratista, de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo, en los casos siguientes:

1. De adquisiciones de bienes que realicen las dependencias y entidades para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios;
2. Cuando se trate de obras que, de realizarse bajo un procedimiento de licitación pública, pudieran afectar la seguridad de la nación o comprometer información de naturaleza confidencial para el gobierno federal, y
3. En los casos en que, por razón de su monto, las adquisiciones y obra pública se lleven a cabo bajo un procedimiento de invitación a tres proveedores o contratistas o por adjudicación directa.

³¹² Cianflone, Antonio, *L'Appalto di Opere Pubbliche*, 8a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1988, p. 711.

³¹³ Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 330.

³¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 660.

c. Garantía de anticipos

222. La Ley permite que eventualmente se puedan otorgar anticipos a los proveedores o contratistas (artículo 32, apartado B IV, y artículo 33, A V), los cuales en materia de adquisiciones no podrán exceder del 50% del monto total del contrato, aclarando, el propio ordenamiento, que no se considerará como operación de financiamiento el otorgamiento de anticipos.³¹⁵

El otorgamiento de anticipos en materia de obra pública contempla tres reglas generales:

1. Los importes de los anticipos concedidos serán puestos a disposición del contratista con antelación a la fecha pactada para el inicio de los trabajos;
2. No se otorgarán anticipos para convenios modificatorios; y (3) en los casos de rescisión de contrato, el saldo por amortizar de los anticipos se reintegrará a la dependencia o entidad.³¹⁶

Contra esos anticipos otorgados, los proveedores o contratistas deberán garantizarlos por la totalidad del monto del anticipo, según el artículo 38 de la Ley.

A decir de Suárez,³¹⁷ este tipo de anticipos y garantías procede más bien en el caso de la obra pública. No obstante, Bohórquez señala que esta garantía se podrá aplicar en general a los anticipos que se reciban en “dinero, especies, cartas de crédito, giros a la vista u otra forma de pago semejante”.³¹⁸

d. Garantía de vicios ocultos

223. En materia de obra pública, a partir del día siguiente en que se recepcionan las obras, empieza un plazo de garantía³¹⁹ para responder por los vicios ocultos o defectos que resulten a la obra,³²⁰ el cual deberá ser garantizado por el contratista.

³¹⁵ Artículo 44 de la Ley.

³¹⁶ Artículo 63 de la Ley.

³¹⁷ Suárez Salazar, Carlos, *Legislación comparada de la obra pública*, México, Limusa, 1990, p. 267.

³¹⁸ Bohórquez, *op. cit.*, p. 70.

³¹⁹ Menéndez, *op. cit.*, p. 135.

³²⁰ Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 126.

Al respecto, el artículo 75 de la ley señala que concluida la obra, no obstante su recepción formal, el contratista quedará obligado a responder de los defectos que resultaren en la misma, de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Para garantizar durante un plazo de doce meses el cumplimiento de las obligaciones por vicios ocultos, previamente a la recepción de los trabajos, los contratistas, a su elección, podrán constituir fianza por el equivalente al diez por ciento del monto total ejercido de la obra; presentar una carta de crédito irrevocable por el equivalente al cinco por ciento del monto total ejercicio de la obra, o bien, aportar recursos líquidos por una cantidad equivalente al cinco por ciento del mismo monto en fideicomisos especialmente constituidos para ello.

Los recursos aportados en fideicomiso deberán invertirse en instrumentos de renta fija.

Los contratistas, en su caso, podrán retirar sus aportaciones en fideicomiso y los respectivos rendimientos, transcurridos doce meses a partir de la fecha de recepción de los trabajos.

Quedarán a salvo los derechos de las dependencias y entidades para exigir el pago de las cantidades no cubiertas de la indemnización que a su juicio correspondan, una vez que se hagan efectivas las garantías constituidas de ese modo.

3. Modos de constitución

224. El otorgamiento de la garantía por parte de los oferentes tendrá el efecto de responder por la seriedad de la proposición y consistirá en:

- entregar cheque cruzado expedido por el proponente con cargo a cualquier institución de crédito; o
- fianza otorgada por institución de fianzas debidamente autorizada.³²¹

Según la forma que opte el oferente sobre las garantías que deban otorgarse conforme a la ley, éstas se constituirán³²² en favor de:

³²¹ Artículo 24 del reglamento de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

³²² Artículo 39 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

- I. La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que se celebren con las dependencias a que se refieren las fracciones I y II del artículo 1o. y con la Procuraduría General de la República;
- II. La Tesorería del Distrito Federal, por actos o contratos que se celebren con el gobierno del Distrito Federal y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal;
- III. Las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas, y
- IV. Las tesorerías de los estados y municipios, en los casos de los contratos a que se refiere el artículo 6o. de la propia Ley.

225. Los tipos de garantías a que hemos aludido, se podrán constituir de las siguientes nueve maneras:

- a. Fianza.
- b. Cheque.
- c. Fideicomiso.
- d. Aval bancario.
- e. Depósito bancario
- f. Hipoteca.
- g. Prenda.
- h. Carta de crédito.
- i. Garantías internacionales

a. Fianza

226. Según el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal, la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La presentación de fianzas surge de la obligación de exigir el cumplimiento de las disposiciones de la administración pública, que son imperativas y no facultativas u optativas.³²³

Menciona Lancís,³²⁴ que como otro elemento más de garantía en la contratación administrativa, se exige por la legislación que todos los contratos se efectúen mediante fianza; éstas pueden ser de dos clases: la de los

³²³ Mazzocco, Ángel Raúl, “El régimen de fianzas en la administración pública”, *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, núm. 177, noviembre de 1944, p. 963.

³²⁴ Lancís, Antonio, *Derecho administrativo*, La Habana, Universidad de La Habana, 1942, p. 521.

licitadores para la subasta y la de los contratistas. La primera tiende a responder de la celebración del contrato en el caso en que le fuere adjudicada la subasta, y la segunda, a asegurar el fiel y completo cumplimiento de los términos del contrato.

Dice Rieffolo que la fianza exigida al adjudicatario para el cumplimiento del contrato, podrá ser reemplazada por un depósito en un banco a satisfacción del Poder ejecutivo.³²⁵

b. Cheque

227. El cheque es un título de crédito, en virtud del cual una persona, llamada librador, da una orden incondicional de pago a una institución de banca múltiple, para que contra la entrega del propio cheque, pague una suma determinada de dinero a la vista al beneficiario, que puede ser una persona determinada o el portador de ese título de crédito.

Debemos tener en cuenta dos aspectos del cheque: 1) para que pueda existir es indispensable que haya previamente un contrato de depósito bancario de dinero,³²⁶ y 2) de dicho contrato surgen, por una parte, la facultad del depositante de entregar a su arbitrio sumas de dinero en depósito a la institución de crédito elegida y, por otra, la obligación de esa institución bancaria de guardar y custodiar esas sumas de dinero y devolverlas al depositante en el momento en que éste lo requiera, mediante la expedición de cheques.³²⁷

La utilización del cheque como un tipo de garantía se volvió muy común en México desde 1980, al expedirse la Norma de Concursos de la Administración Pública, sobre todo para efectos de la garantía de sostenimiento de ofertas.

Sabemos que el cheque tiene diversas variantes, pero los más populares son el cheque de caja y el cheque certificado; en relación con este último, dice Bohórquez:³²⁸ “puede afirmarse que el cheque certificado entregado en garantía, constituye satisfactoria seguridad para los intereses de la entidad contratante”.

³²⁵ Rieffolo Bessone, José F., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, El Ateneo, 1946, p. 61.

³²⁶ El depósito bancario de dinero se considera una operación de crédito exclusiva de las instituciones de crédito, de acuerdo con lo establecido por el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

³²⁷ Gómez Gordo, José, *Títulos de crédito*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 191.

³²⁸ *Op. cit.*, p. 120.

c. Fideicomiso

228. Puede entenderse el fideicomiso como un negocio jurídico trilateral que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto (fideicomitente), en virtud del cual afecta ciertos bienes o derechos, en beneficio lícito y determinado de un destinatario (fideicomisario), para cuyo fin los actos de ejecución deberán realizarse por un tercero (fiduciaria), que se hubiera obligado contractualmente a ello.

El fideicomiso, según la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se considera una operación de crédito, que puede asumir la forma de fideicomiso de garantía; en este sentido la Corte ha señalado:

En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por Ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor, o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario.³²⁹

Es muy agradable encontrar en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, la figura del fideicomiso de garantía, aunque sea en principio para el establecimiento de garantías que respondan por vicios ocultos u otra responsabilidad en materia de obras públicas; en mi opinión, debería señalarse la aceptación del fideicomiso como garantía para el cumplimiento en general del contrato administrativo.

d. Aval bancario

229. Según nuestra legislación, “mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio” y “el avalista queda obligado solidariamente con aquel cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa”.³³⁰

En España, el artículo 36 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas reglamenta la garantía del aval bancario en la licitación pública, el cual será prestado, en forma y condiciones reglamentarias, por algunos

³²⁹ *Fideicomiso en garantía, concepto de*, A D 45/77, sala auxiliar, séptima época, vol. semestral 97-102, séptima parte, p. 107.

³³⁰ Artículos 109 y 114 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito y sociedades de garantía, autorizados para operar en ese país.

En México, el aval bancario tiene poco uso y generalmente no se utiliza como garantía en la contratación administrativa, aun y cuando Casella³³¹ dice: “el aval bancario es una modalidad de afianzamiento otorgada por un tercero, mediante la cual éste garantiza el cumplimiento de las obligaciones del oferente o contratista de la administración”.

e. Depósito bancario

230. La Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 46, considera una operación bancaria recibir depósitos bancarios en dinero: a) a la vista; b) reiterables en días preestablecidos; c) de ahorro; y d) a plazo o con previo aviso.

Dice Casella que de los bienes que pueden ser depositados podemos citar, por ejemplo, dinero en efectivo en el banco de la nación, cheque certificado contra una entidad bancaria, con preferencia del lugar donde se realice la licitación.³³²

Cuando el depósito es aceptado como garantía en la licitación, funciona de la manera siguiente: para ser admitidos en la licitación, los concurrentes deben presentar a la autoridad que la preside, el certificado o recibo, de haber efectuado el depósito provisional correspondiente. El depósito puede ser efectuado también por terceras personas, por cuenta de los licitadores.

Turchetto dice que el depósito puede estar constituido por: a) dinero en efectivo; b) títulos al portador del Estado; y c) giros cambiarios o cheques.³³³

En México, no es común utilizar el depósito bancario como una garantía de participación en la licitación o de cumplimiento del contrato.

f. Hipoteca

231. El Código Civil en su artículo 2893 menciona que la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garanti-

³³¹ *Op. cit.*, p. 88.

³³² *Ibidem*, p. 87.

³³³ *Op. cit.*, p. 24.

zada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la Ley.

En México no se utiliza esta garantía, pues “debido a la investidura solemne con que la legislación ha revestido a la hipoteca, esta garantía no goza de popularidad entre los oferentes y/o contratistas que celebran contratos con la administración pública”.³³⁴

g. Prenda

232. Otra garantía que no se utiliza comúnmente es la prenda, entendida ésta como un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Para que se tenga por constituida la prenda, el bien que la constituye deberá ser entregado al acreedor, de manera real, jurídica o virtual.

h. Carta de crédito

233. La carta de crédito irrevocable es un instrumento propio del crédito documentario, esto es, un medio de pago y de financiamiento utilizado comúnmente en el comercio internacional, lo que no impide el uso de cartas de crédito “domésticas”.

Por ella, el banco emisor se obliga frente a un tercero —beneficiario— a pagar una suma determinada de dinero, contra la presentación de documentos que se indican en la misma carta de crédito.

Si la carta de crédito contiene la obligación de pagar una suma determinada de dinero y el documento a cuya presentación se “condiciona” (condición suspensiva) la prestación del banco, consiste en una nota de “reclamo” o en la notificación al banco de que el tomador no ha cumplido la obligación garantizada, la carta de crédito puede funcionar perfectamente como un medio de garantía; y así sucede al establecerlo el artículo 75 de la Ley.

³³⁴ *Cfr.* Bohórquez, p. 113.

i. Garantías internacionales

234. La Cámara de Comercio Internacional, organismo privado constituido por la sola y exclusiva asociación de empresarios, sin otro respaldo que el prestigio internacional de sus actividades, adoptó en 1978 las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales; dichas Reglas se elaboraron en estrecha colaboración con organizaciones intergubernamentales y de comercio internacional, especialmente la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Legislación Internacional de Comercio (UNCITRAL).

El artículo 2o. de las Reglas define los tres tipos de garantías comprendidas:

- a) garantías de licitación (*tender guarantee, bid bonds*);
- b) garantía de ejecución (*performance guarantee, performance bonds*), y
- c) garantía de rembolso (*repayment guarantee*). De las tres mencionadas, es frecuente utilizar los *bid bonds* en las licitaciones internacionales.

Respecto del último punto, consultamos cuatro tratados internacionales que tiene México celebrados, a saber: 1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 1013; 2. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, artículo 15-14; 3. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, artículo 12-14; 4. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, artículo 14-14 (en los capítulos relativos a las “Compras del sector público”, apartado referente a las bases de licitación). Ahora bien, hemos encontrado que uno de los requisitos de dicho instrumento es la *garantía financiera*, que tienen que presentar los proveedores, sin especificar cuál.

4. Montos y vigencia

235. Los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades, en su caso, fijarán, mediante normas y políticas internas, las bases, formas y porcentajes a que deban sujetarse las garantías constituidas en su favor.³³⁵

El monto de la garantía se calcula sobre el “valor de la oferta” y ésta obliga al oferente, a mantener su proposición hasta la fecha en que se dé a

³³⁵ Lozano Alarcón, Javier, “Ley de Adquisiciones y Obras Públicas”, *Actualización jurídica 1994*, México, UNAM, 1994, p. 143.

conocer el fallo respectivo, por lo que si el licitador retira su oferta antes de dicho plazo perderá la garantía otorgada.

Lo mismo sucedería, en el caso de que haya resultado adjudicatario y no firmaren el contrato dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes al de la adjudicación.³³⁶

En cuanto a la vigencia, el artículo 38 señala que la convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los licitadores, salvo la de aquel a quien se hubiere adjudicado el contrato, la que se retendrá hasta el momento en que el proveedor o contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente; acotándose que esta última estará vigente durante toda la vida del contrato.

B. LA ADJUDICACIÓN

Este subcapítulo abarcará cuatro apartados:

1. Generalidades.
2. Concepto de adjudicación.
3. Criterios de la adjudicación.
4. Efectos legales y fallo.

Los veremos seguidamente:

1. *Generalidades*

a) La terminología

236. El término adjudicación deriva del verbo adjudicar que, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, significa una asignación o atribución, efectuada por una autoridad pública o persona competente —previo juicio o juzgamiento— en favor de un sujeto de derecho. Equivale en una acepción general, a otorgar, conceder, entregar por autoridad pública al mejor postor o licitador, la posesión o propiedad de un bien mueble o inmueble, mediante *subasta* pública.

³³⁶ Véase el artículo 50 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

En nuestro país, el término “adjudicación” es común en el derecho procesal, así lo encontramos en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, tanto en el apartado relativo a los remates,³³⁷ como en el de la partición de la herencia.³³⁸ Asimismo, encontramos en una reciente y muy enjundiosa obra de Ernesto Gutiérrez y González,³³⁹ un ataque sistemático y harto ideológico a la institución aplicada en el derecho administrativo; y dicho sea de paso no coincidimos con Gutiérrez y González a propósito de la figura de la adjudicación en particular y de la licitación en general. A continuación, veremos una parte de la historia de la adjudicación, para mejor entenderla.

b) El sistema formulario romano

Dentro de la época del florecimiento del derecho romano, existió el denominado sistema formulario, consistente básicamente en la aplicación del derecho por los jueces, desde un punto de vista formalista, pero no sacramental. En esas fechas, el derecho había adquirido ya cierto tecnicismo y las partes acostumbraban asesorarse con jurisconsultos que enseñaban públicamente nuestra ciencia, con lo que se esbozó el origen de la abogacía.

Las acciones de ley, *acciones legis*, que se ejercitaban ante los jueces, estaban constituidas por fórmulas, las cuales eran secretas y su conocimiento estaba reservado a los patricios, de manera que los plebeyos eran sus clientes. La fórmula era un comprimido jurídico, elaborado de antemano por el pretor, a disposición de los litigantes, que en forma silogística contenía dos proposiciones y una conclusión alternativa. El derecho a la concesión y obtención de la fórmula (*actionis imperatio*) planteaba al magistrado la facultad de otorgar (*dare*) o negar (*denegare*) la acción.

Según Gayo:³⁴⁰

³³⁷ Artículo 581 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. “Al declarar aprobado el remate, mandará el juez que dentro de los 3 días siguientes, se otorgue a favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente, en los términos de su postura y que se le entreguen los bienes rematados.”

³³⁸ Artículo 864 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal: “Concluido el proyecto de partición, el juez lo mandará poner a la vista de los interesados en la Secretaría por un término de 10 días. ‘Vencido’ sin hacerse oposición, el juez aprobará el proyecto y dictará sentencia de adjudicación...”.

³³⁹ *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 1993.

³⁴⁰ *Op. cit.*, comentario al libro IV, números 39 y 42, p. 327.

las partes de la fórmula son éstas: *demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio* [...] La *adiudicatio* es aquella parte de la fórmula que autoriza al juez a adjudicar una cosa a alguno de los litigantes, por ejemplo cuando se trata de la acción para dividir entre los coherederos la herencia (*familiae erciscundae*), o de la acción para dividir el patrimonio entre los consocios (*communi dividundo*) o de la acción para el deslinde de las fincas (*finium regundorum*). En todos estos casos, dice así: *cuanto proceda ser adjudicado, juez, adjudícalo a Ticio.*

Efectivamente, en la acción de participación de herencia, que se deriva de las XII Tablas,³⁴¹ y en la de partición de una cosa común, el fondo del asunto consiste en adjudicar a cada partícipe la propiedad exclusiva de lo que ha de tocarle; lo mismo en la acción de arreglo de límites entre vecinos (*finium regundorum*), que se deriva también de las XII Tablas; los romanos admitieron que el juez podía, si era necesario para su mejor señalamiento, modificar los límites existentes y, por consiguiente, adjudicar al uno una parte de la propiedad del otro.³⁴²

La *actio communi dividundo* supone una propiedad común, o por lo menos una comunidad de derechos reales; se da, por consiguiente, a todos los que se encuentran en comunidad, sea como propietarios o sea como poseedores de buena fe. Toca naturalmente al demandante probar la existencia del derecho real que sirve de base a la comunidad. La acción tiene por objeto la división de la cosa común; pero la sentencia puede además contener prestaciones personales impuestas a cargo de una u otra de las partes.

Cuando la división tiene por resultado asignar a las partes o a una de ellas, la propiedad de partes divisas de la cosa común o un *ius in re* sobre las partes de los otros, la atribución de estos derechos se hace en aquella parte de la sentencia que lleva el nombre de *adiudicatio*.³⁴³

En cuanto a la *actio finium regundorum*, no es propiamente hablando, una acción para la división de cosas comunes; porque se trata más bien de determinar los límites de dos fondos que no son comunes, pero cuyos límites se encuentran confundidos. La acción tiene por objeto obtener la regulación de los límites, que se hará en cuanto sea posible, de manera que se

³⁴¹ Véase, "Legum XII tabularum fragmenta ad pandectarum et codicis", *Corpus Iuris Civilis, op. cit.*, p. 1419 y 1420 del t. II.

³⁴² Ortolan, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, trad. Francisco Pérez de Anaya, Madrid, Librería de Leocadio López, s/f., t. II, p. 539.

³⁴³ Maynz, *op. cit.*, t. II, p. 540.

restablezcan los antiguos límites. Sin embargo, el juez puede, si le parece necesario o conveniente, trazar los nuevos; la ley le autorizaba también, cuando no hubiere otros medios de salir de la confusión, para dividir las partes confundidas y atribuirlas por adjudicación a los litigantes, en cuyo caso el procedimiento tomaría el carácter de una verdadera acción divisoria.

Cuando una herencia es adquirida por varias personas se establece entre ellas una comunidad, *communio incidens*, que sólo puede ser dividida amigablemente o en juicio. La división judicial se hace por medio de la *actio familiae erciscundae*. Para intentar esta acción, es preciso ser cohédero con el demandado, lo cual debe probar el demandante.

El objeto de la acción es obtener la disolución de la comunidad y, por consiguiente, de una parte, la división del haber común y de otra, la regulación de los derechos y obligaciones que competen a las partes. En virtud de la parte de la fórmula que se encuentra bajo el nombre de *adiudicatio*, la sentencia en la *actio familiae erciscundae* produce además el efecto de atribuir *ipso iure* a los copartícipes, la propiedad o las partes divididas de propiedad, así como los *iura in re*, que les son respectivamente asignadas por el juez.

Ahora bien, ¿a qué viene todo esto?, y respondemos a que en mi opinión éste es el verdadero origen de la licitación pública actual. Veamos.

c) Raigambre romana de la licitación pública

237. La división de la propiedad en el derecho romano se hace, amistosamente o mediante juicio. Este último caso ya lo vimos, al comentar las tres acciones (*communi dividundo*, *finium regundorum* y *familiae erciscundae*), y la utilización de la parte de la fórmula del juez, llamada *adiudicatio*.

En cuanto a la división amistosa, las partes son libres para operar la división como la entienden, y los arreglos que hagan tienen la naturaleza y producen los efectos de una convención ordinaria. La simple convención de reparto sólo constituye un *nudum pactum*, pero depende de cada interesado darle eficacia civil, ejecutándolo por su parte; desde entonces, en efecto, las partes se encuentran en la relación obligatoria que deriva de un contrato innombrado.

La comunidad cesa también si los comuneros venden la cosa común a un tercero o si uno de ellos cede su parte al otro, mediante un precio en dinero u otra prestación cualquiera: nada se opone además a que los interesados pongan a subasta la cosa común para dividir entre sí el producto

de la venta, *licitatio*, aunque este procedimiento sólo se mencione en las fuentes con motivo de la división judicial.

En la *actio communi dividundo*, para llevar a cabo la división, la ley dejaba al juez la mayor latitud. Puede dividir la cosa físicamente y gravar una de las partes, con servidumbres, si lo encuentra necesario o conveniente; puede también, dar el todo a uno de los condueños, imponiéndole la obligación de pagar una cantidad de dinero al otro; puede también atribuir a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo. Esta acción tiene por objeto la división de la cosa común; pero la sentencia puede además contener prestaciones personales impuestas, a cargo de una u otra de las partes.

238. A través de la *adiudicatio*, en la *communi dividundo* el juez estima útil hacer vender la cosa en subasta, *licitatio*, para dividir el precio de la venta entre los copropietarios; estas subastas pueden tener lugar exclusivamente entre los interesados o públicamente.³⁴⁴

En nuestra opinión, como dijimos antes, este es el origen de la licitación pública universal: a través de la fórmula de la adjudicación, la encontramos ligada a la licitación o venta de las cosas.

Por otro lado, hemos de decir que esta institución pasó al derecho público romano³⁴⁵ formando un incipiente derecho administrativo, ya que por ejemplo recordemos cómo el tesoro se enriquecía también con los tributos impuestos a los pueblos vencidos, con el botín hecho en la guerra, y en

³⁴⁴ En Digesto, libro XXIII, número 78 en *De Jure Dotium*. Cfr. Justiniani, *Corpus Iuris Civilis*, t. I, p. 717: “Si fundus communis in dotem datus erit si focus egerit cum marito commum dividundo, *adjudicatus* que fundus focus fuerit: in dote erit quantitas, qua focus marito damnatus fuerit. aut fi, omissa *licitatione*, extraneo addictus is fundus fuerit: pretii portio, quae distracta est. fed ita, ut non vice corporis habeatur...”.

En *Codicis*, libro III, título XXXVII, números 1 y 3, en *Communi Dividundo*, t. II, p. 227: “Si *licitatione* viceris (communi dividundo actione aut universum praedium), exsoluta socio parte pretii obtinebis: aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris: quod si divisio praedi sine cuiusquam injuria commode fieri poterit, portionem suis finibus tibi *adjudicatam* possidebis... Cum autem regionibus dividi (commode) aliquis ager inter socios non potest, vel ea pluribus singuli: aestimatione iusta facta, unicuique sociorum *adjudicantur* ...: ad *licitationem* nonnumquam etiam extraneo emtore admissio, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius *licitantem* profiteatur.”

³⁴⁵ Por razones variadas que desbordan este tema, el derecho romano público es “ceniciente” en nuestra disciplina. Al respecto, por todos, la clásica y siempre actual obra de Mommsen, Theodor, *Romisches Staatsrecht*, 3a. ed., Berlín, 1887; reimpresión facsimilar, Basilea, Berno Schwabe a. Co., 1952, en 5 vols., XXVI+708 (t. I), XV+XIV+1171 (t. II, vols. 1 y 2) y XVIII+XIV+1336 (t. III, vols. 1 y 2) páginas respectivamente. Un pobrísimo resumen en castellano (Buenos Aires, 1943) se indica, al final, en la bibliografía.

general, con el producto de las conquistas hechas por los ejércitos de la República.

Como ya lo habíamos comentado, en caso de guerra, todo lo que caía en mano de los romanos pertenecía a la República, hombres y bienes. Los hombres, si se les dejaba la vida, pasaban a ser esclavos. Los bienes eran confiscados, los inmuebles siempre en provecho del dominio público, mientras que los muebles, el botín, se abandonaban muchas veces a los soldados.

Dice Maynz³⁴⁶ que la República percibía directamente por los cuestores el *tributum ex censu*, la *vicesima manumissionum* y las multas, como también el producto del botín y de las tierras vendidas. Los demás productos eran generalmente dados en arrendamiento por *adiudicatio* pública.

Por otro lado, el *fiscus*, en el cobro de contribuciones, puede embargar el patrimonio de sus deudores insolventes, de los condenados, de los proscritos y ponerlo en venta, *bonorum sectio*. No obstante, sólo en el último extremo se acude a semejante rigor contra los ciudadanos: regularmente se les permite evitar esta ejecución ofreciendo cauciones suficientes. Si al vencimiento la obligación no era cumplida, el Estado no se encargaba de su ejecución, sino que ponía en venta su crédito con las garantías que llevaba anexas,³⁴⁷ *vendere praedes praedia et cognitores*. A la primera subasta, el crédito era cedido a aquel que ofrecía el valor íntegro, el crédito era *adiudicatio* en una segunda subasta a cualquier precio, *in vacuum*.³⁴⁸

La explotación de los beneficios que ofrecían estas ventas *ex praediatura*, constituía un ventajoso comercio. Se llamaban *praediatores*³⁴⁹ los individuos que solían ocuparse de esto, y se daba el nombre de *ius praediatorium* a las leyes, reglamentos y costumbres que se referían a esta materia, lo cual formaba, en nuestra opinión, una notable parte del derecho administrativo de Roma. Posteriormente, la adjudicación se trasladó a una serie de actividades de la vida pública de la sociedad.³⁵⁰

³⁴⁶ Cfr. Maynz, *op. cit.*, p. 159.

³⁴⁷ Mommsen, *op. cit.*, p. 318.

³⁴⁸ Maynz, *op. cit.*, t. I, p. 470.

³⁴⁹ Gayo, *op. cit.*, p. 125.

³⁵⁰ Cfr. Melgarejo, *op. cit.*, pp. 269 y 319.

d) La irradiación en derechos occidentales

239. Fue en Francia, en la época del Rey Enrique IV (1589-1610), que se generalizó la regla de aplicar la adjudicación a los contratos de obras y suministros de la administración pública.³⁵¹ En el periodo revolucionario, numerosos textos dispusieron la adjudicación; así, por ejemplo, hubo decretos en 1790 para arrendamiento y venta de bienes públicos, así como para la adquisición de suministros de guerra.³⁵²

A partir de ahí hasta la fecha, el término *adjudicación* fue acuñado en diversos países con diferentes utilizaciones; por ejemplo, en Estados Unidos³⁵³ se usa la expresión *adjudication* como una resolución pronunciada por un juez, pero existe el término *administrative adjudication* para distinguirla de la anterior; en derecho inglés³⁵⁴ y canadiense,³⁵⁵ el término *adjudication* se aplica al proceso civil exclusivamente; en derecho alemán existe el término *adjudikation*,³⁵⁶ en italiano la expresión *aggiudicazione*³⁵⁷ es aplicable al derecho procesal y administrativo; en portugués se usa *adjudicação*;³⁵⁸ en francés³⁵⁹ *adjudication* y en derecho español *adjudicación*, tanto para aspectos procesales³⁶⁰ como administrativos.³⁶¹

e) Recepción doctrinal y normativa mexicana

240. En México, la adjudicación constituye un acto de la administración pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.

351 Cfr. Quancard, *op. cit.*, p. 298 y 299.

352 Cfr. Jèze, *op. cit.*, p. 73.

353 Black's Law Dictionary, 5a. ed., St. Paul Minn, West Publishing, 1979, p. 39.

354 The Oxford Companion to Law, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 24.

355 The Dictionary of Canadian Law, Ontario, Carswell, 1991, p. 17.

356 Beseler/Jacobs-Wüstfeld von, *Law Dictionary-Deutsch-English*, Berlín, Walter de Gruyter, 1991, p. 48.

357 Enciclopedia del Diritto, Milán, Giuffrè Editore, t. I, 1958, p. 904.

358 Dicionário Jurídico, 2a. ed., Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1991, p. 24.

359 Amorós Rica-Merlín Walch, *Dictionnaire Juridique Navarre. Français/Espagnol*, 3a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, 1993, p. 24.

360 Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Francisco Seix, 1983, t. II, p. 367.

361 Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, p. 656.

El criterio para seleccionar o *adjudicar* al contratante es claro y preciso; a decir de Sayagués Laso:³⁶²

- debe aceptarse la oferta más ventajosa, y
- generalmente será la que cotiza el precio más bajo, especialmente en las licitaciones en que los licitadores sólo tienen que fijar el precio.

Pero no siempre ocurre así, pues a veces hay que considerar otros factores.

La apreciación de cuál oferta es la más ventajosa compete a la administración pública, a cuyo efecto dispone de asesores técnicos que ilustran a la autoridad para decidir.

Dicha apreciación, aunque discrecional, no es ilimitada. Es así incluso cuando el pliego de condiciones contiene la cláusula (bastante frecuente), de que la administración elegirá la propuesta que a su solo juicio estime más ventajosa.

Previamente a la adjudicación, el órgano convocante debe proceder al estudio y análisis de las ofertas aceptadas, a fin de estar en condiciones de elegir cuál de ellas es la más conveniente para el Estado.

La adjudicación no se puede realizar cuando no se han presentado ofertas, es decir, cuando la licitación ha quedado desierta o cuando todas las ofertas, por ser defectuosas o irregulares, deban ser rechazadas de manera fundada o “cuando las posturas presentadas no reúnan los requisitos de las bases de la licitación”.³⁶³

Como norma general y en aplicación de los principios sobre la competencia y jerarquía administrativas, corresponde a la autoridad competente para contratar, decidir la adjudicación;³⁶⁴ en ocasiones y en derecho comparado, esa autoridad es el ministro competente.³⁶⁵

La adjudicación es el acto de mayor importancia en el procedimiento licitatorio y del cual derivan fundamentalmente las obligaciones de la administración pública, por lo que dicha fase se justifica ampliamente.

No obstante, dado el cúmulo de tareas que inciden sobre las autoridades, especialmente en los grandes países, por ley o reglamento se delega esa

³⁶² Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, p. 130.

³⁶³ Artículo 47 de la Ley.

³⁶⁴ Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, t. I, p. 253.

³⁶⁵ Foucart, Emile-Víctor, *Eléments de Droit Public et Administratif*, 3a. ed., París, Videcoq Père et Fils, Libraires- Editeurs, 1843, t. 2, p. 264, y Bonnard, *op. cit.*, p. 312.

facultad en determinados órganos subordinados, bien dándoseles entera libertad de acción, bien reservándose la autoridad a una potestad de controlor, que ejerce mediante el requisito de la aprobación, declarado necesario para que la adjudicación se vuelva definitiva.

Pero, conviene repetirlo, no existiendo disposición expresa en contrario, la autoridad será el órgano naturalmente competente para decidir la adjudicación y con efecto definitivo los presupuestos que las leyes establezcan.

Como puede apreciarse, en algunos casos la adjudicación está constituida por un solo acto, una sola declaración de voluntad de la administración pública (decisión de la autoridad, o del subordinado cuando produce los efectos definitivos), de manera discrecional,³⁶⁶ y en otros es un acto compuesto, integrado por varias declaraciones de voluntad (decisión del órgano subordinado y aprobación del superior; decisión de la autoridad y venia de otro órgano), no perfeccionándose la adjudicación sino gracias al concurso de todas ellas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la adjudicación debe efectuarse y notificarse al favorecido antes del vencimiento del plazo del mantenimiento de las ofertas que se hubiera establecido, ya que de otro modo no se producirá el vínculo de las voluntades de ambas partes que generan el contrato.

2. *Concepto de adjudicación*

241. Algunos autores emplean este término para designar lo que sería una simple adjudicación provisional o una simple preadjudicación,³⁶⁷ es decir, un simple acto que no puede generar efectos sin que sea complementado por otro acto.

Otros autores consideran como adjudicación sólo a la adjudicación definitiva, la adjudicación homóloga o aprobada, es decir, un acto que puede generar efectos, un acto de naturaleza compleja. Pero todos coinciden en que la adjudicación es un acto simple, que cuenta con efectos propios, que no tiene que confundirse por lo tanto con ninguna de las figuras anteriormente descritas.

³⁶⁶ Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad en la administración pública*, Buenos Aires, Alfa, 1948, p. 55.

³⁶⁷ Fanelli Evans, Guillermo, "La preselección de oferentes en la licitación pública", *El Derecho*, Buenos Aires, t. 97, s/f, p. 898.

Como punto de partida hay que definir a la adjudicación como la atribución del objeto de la licitación a un determinado licitador, de la cual se desprenden dos preguntas, que son:

- ¿es o no obligatoria la adjudicación al licitador que quede clasificado en primer lugar?, y
- ¿con la adjudicación se perfecciona o no un vínculo contractual?

En lo que corresponde a la primera cuestión, en el derecho mexicano se sigue la interpretación de que el primer clasificado tiene derecho a la adjudicación; o sea, existe un automatismo absoluto de la adjudicación, en el sentido de que el proponente cuya oferta sea considerada la más ventajosa debe proclamarse obligatoriamente adjudicatario.

Adilson Dallari³⁶⁸ plantea, asimismo, la cuestión que nos ocupa y la contesta en el sentido de que la administración tiene competencia discrecional para adjudicar o no, contando con la facultad de anular la licitación en caso de que ninguna de las propuestas sea conveniente. Y fundamenta su razonamiento: “En la posición en la que se coloca la administración: no es proponente, sino que se limita a anunciar que recibirá propuestas que aceptará o no conforme a su conveniencia.”

Por lo tanto, se opta por la inexistencia de un derecho a la adjudicación, y advierte, sin embargo, que la expectativa creada por la licitación no debe ser frustrada sin motivo justo, “de ahí la inserción en las leyes de restricciones, al derecho de no adjudicar que podrá ejercitarse, cuando se produzcan determinadas circunstancias”.

Las circunstancias son en algunos casos inevitablemente vagas (conveniencia de aplazar la realización de la obra puesta a licitación, el que a la administración no le convenga ninguna de las variantes presentadas, necesidad de revisión del proyecto, fuerte presunción de arreglos entre los licitadores, etcétera).

242. En resumen, la adjudicación es un acto discrecional, respecto a su práctica se refiere, pero es vinculatorio en cuanto a su contenido. Puede haber o no adjudicación; de haberla, será obligatoriamente en favor del primer seleccionado. Rigurosamente debe afirmarse que la competencia de la autoridad para practicar el acto de adjudicación, es discrecional, pero el objeto de este acto es vinculatorio. En efecto, si no hubiese discrecionalidad

368 *Op. cit.*, p. 106.

con relación a la adjudicación, ésta perdería todo sentido, toda vez que nada añadiría a la selección del oferente. De la misma manera, si la elección del adjudicatario no estuviese vinculada, entonces la selección perdería cualquier propósito.

Además, falta saber si esta atribución del objeto de la licitación a un licitador tiene o no carácter contractual, es decir, si implica o no el acuerdo de voluntades.

Marienhoff³⁶⁹ y Sayagués Laso³⁷⁰ adoptan al respecto posiciones paralelas. Para ambos autores, “la adjudicación es un acto por el cual la administración acepta una de las propuestas, perfeccionándose así un vínculo contractual”. Pero advierten para el hecho de que antes de que la adjudicación se vuelva definitiva (mediante la aprobación), la administración no está obligada a contratar con el adjudicatario provisional.

Ahora bien, es evidente que el vínculo contractual no se deriva de la adjudicación en sí (que para ellos es una simple preadjudicación o adjudicación provisional), sino del acto de aprobación que la vuelve definitiva, pues si no hubiere tal aprobación, no se tendría ningún vínculo formado.

Para D’Avis,³⁷¹ la adjudicación es un acto de aceptación o aprobación definitiva, siempre que se adecue a las condiciones previas determinadas de las bases de licitación o textos tipos.³⁷²

A su vez, Hely López Meirelles:³⁷³ la “adjudicación es el acto mediante el cual se atribuye al ganador el objeto de la licitación, para la posterior celebración del contrato administrativo”.

Entonces, la adjudicación es el acto constitutivo del derecho del licitador de contratar con la administración, cuando ésta se dispusiere a firmar el contrato.

Claro está que la adjudicación no es un contrato, pues sólo asegura para uno de los licitadores el derecho a celebrar un contrato con la administración, cuando ésta quisiera contratar y en caso de que quisiera contratar.

Sin embargo, de la propia legislación mexicana se desprende que la adjudicación es un acto constitutivo de derechos y obligaciones.³⁷⁴

³⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 243 y ss.

³⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 103 y ss.

³⁷¹ D’Avis, Julio Alberto, *Curso de derecho administrativo*, La Paz, Bolivia, Letras, 1960, p. 377.

³⁷² Rolland, Claude, “Les cahiers des clauses administratives générales, *Réglementation et Pratique des Marchés Publics*, París, Dalloz, 1985, p. 55.

³⁷³ Citado por Adilson, Dallari, *op. cit.*, p. 159.

³⁷⁴ Artículo 62 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

243. Ante tal situación, los efectos serían los siguientes:

- la adquisición del derecho de contratar con la administración en los términos en los que el adjudicatario ganó la licitación;
- la vinculación del adjudicatario a todos los encargos establecidos en la convocatoria y a los prometidos en su propuesta;
- la sujeción del adjudicatario a las penalidades previstas en la convocatoria y a la pérdida de eventuales garantías ofrecidas, si no firma el contrato en el plazo y en las condiciones establecidas;
- el impedimento para la administración de contratar el objeto licitado con cualquier otro que no sea el adjudicatario;
- la liberación de los licitadores perdedores respecto de todas las sujetaciones a la licitación y el derecho de retirar los documentos y levantar las garantías, que hayan ofrecido a la administración, en el procedimiento licitatorio.

La adjudicación da lugar sólo a un interés legítimo o directo subjetivo, condicionado al interés público de la efectiva realización de la obra o servicio.

Lo más notable de esta posición es el hecho de atribuir a la adjudicación un efecto propio, considerándola como acto simple y perfecto, independiente de cualquier manifestación posterior, pues sólo el interés o el derecho creado por la misma es el que puede ser afectado por actos posteriores.

En resumen, puede afirmarse que el resultado de la adjudicación es declarar la propuesta como aceptable por parte del Estado, sin ninguna obligación para la administración, de realizar los actos relativos a la contratación.

Debemos de entender que si no hay adjudicación, por el hecho de que la mejor oferta es considerada fundamentalmente inaceptable o inconveniente, el procedimiento deberá considerarse desierto.

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto, se concluye que la administración puede adjudicar o no, y en caso de que lo hiciera, sería en beneficio del licitador, cuya propuesta fue considerada la más favorable.

Entonces, la adjudicación tiene por resultado calificar la propuesta seleccionada en primer lugar como aceptable, limita la relación de la administración —en este procedimiento solamente al licitador que la formuló— liberando a todos los demás.

El adjudicatario no tiene derecho al contrato, sino solamente al derecho de no ser dejado fuera y, dicho de otro modo, tiene derecho de exigir de la administración la integración del procedimiento licitatorio.

Cabe mencionar que el procedimiento de la licitación es el de seleccionar a un proponente para celebrar un contrato con la administración. Y la adjudicación termina exactamente con la elección de un proponente que sea idóneo, cuya propuesta fue considerada la mejor y calificada como aceptable, quedando por verificar solamente la legitimidad del procedimiento y decidir, acerca de la conveniencia y la oportunidad del contrato, lo que se hará por medio de un acto externo al procedimiento.

Se aclara, asimismo, que el acto externo al que se hace referencia integra el procedimiento, pero no forma parte esencial del mismo, siendo su parte meramente integrativa, de control, indispensable y destinada a darle eficacia.

José Roberto Dromi afirma que “La adjudicación es el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo pre-contractual”.³⁷⁵

En otros términos, la adjudicación es el acto determinante del otro sujeto de la relación contractual, que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades.

En síntesis, la adjudicación es el acto administrativo emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del cocontratante.

En la adjudicación lo que importa, a decir de Spiliotopoulos,³⁷⁶ es una declaración unilateral de voluntad emitida por la administración, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato.

Con la adjudicación, se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.³⁷⁷

375 Cfr., Dromi, José Roberto, *op. cit.*, p. 389.

376 Spiliotopoulos, Epaminondas, *Droit Administrative Hellénique*, París, LGDJ, 1991.

377 Cfr. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, t. III-A, pp. 243, 249 y 250.

3. *Criterios de la adjudicación*

244. La administración pública tiene un camino perfectamente definido para la elección del oferente, ella ha de aceptar la oferta que ofrece las condiciones más ventajosas para el Estado.³⁷⁸

Mientras que los particulares disponen de entera libertad para contratar, pudiendo celebrar contratos con quienes prefieran, aunque sus propuestas sean caras o inconvenientes, la administración pública, cuando procede por licitación, tiene limitada esta facultad de libre elección, estando obligada a aceptar la propuesta más ventajosa.

La conveniencia de la oferta³⁷⁹ se determinará en forma global, pero se analizarán detenidamente los factores, como son: precio, plazo, calidad, seriedad, cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes.³⁸⁰ Estos factores o criterios “claros y detallados para la adjudicación”, según los artículos 32 y 33 de la Ley, son requisitos de las convocatorias y de las bases de licitación.

La selección del oferente así como la elección de la propuesta más ventajosa, dependen de un sinnúmero de circunstancias y criterios que pueden ser agrupados, según la doctrina, en dos categorías de naturaleza diferente: criterios cuantitativos y los criterios cualitativos.³⁸¹

a. Los criterios cuantitativos u objetivos

245. Este criterio se emplea para determinar la mejor oferta en cuanto a: precio, tiempo, peso, dimensión, utilización de la maquinaria y equipo de construcción, adquisición de materiales y equipos de instalación permanente, así como utilización del personal técnico, administrativo y de servicios encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos, maquinaria y equipo de su propiedad y capital de la empresa.

³⁷⁸ Gasparini, Diógenes, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 378.

³⁷⁹ Gambier, Beltrán, “El concepto ‘oferta más conveniente’ en el procedimiento licitatorio público”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1988-D, p. 749.

³⁸⁰ Younes Moreno, Diego, *Curso elemental de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1988, p. 135.

³⁸¹ Cfr., Dromi, José Roberto, op. cit., p. 392, y Dallari, Adilson, op. cit., p. 98, los dos citando a Miguel Reale.

b. Los criterios cualitativos o subjetivos

246. Estos criterios se emplean para determinar la experiencia, la especialidad del oferente para el objeto del contrato, la prestación de mejor asistencia técnica y la mayor facilidad para obtener piezas de reposición.³⁸²

Deberá adjudicarse, hechos los estudios del caso y el análisis comparativo de las propuestas, al oferente cuya oferta resulte la más favorable a la entidad, que otorgue mejores garantías, y que se ajuste al pliego de condiciones.

Entonces, antes de adjudicarse debe hacerse un estudio de las ofertas y su valorización, un cuadro comparativo y valorativo de ellas.

En igualdad de condiciones, debe preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta “el empleo de los recursos humanos del país y la utilización de los bienes o servicios de procedencia nacional”.³⁸³

En la fase interna, el órgano licitante estudia, coteja y finalmente elige la oferta que se ajusta a sus requerimientos.

En esta etapa, el órgano convocante efectuará un análisis comparativo de las proposiciones admitidas y en el marco de su propio presupuesto de la obra.

Para la emisión del análisis respectivo y el dictamen correspondiente, el órgano licitante deberá considerar los aspectos preparatorios, tanto para el análisis comparativo como para la emisión del fallo.

Tales aspectos servirán para determinar los requisitos cuantitativos y cualitativos de los oferentes, a fin de determinar cuál de ellos reúne las condiciones: legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, que garantice satisfactoriamente el cumplimiento del contrato y cuente con la experiencia requerida para la ejecución de los trabajos.³⁸⁴

382 Cfr., Dallari, Adilson, *op. cit.*, p. 102.

383 Artículo 43 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

384 Titomanlio, Federico *et al.*, “Appalto privato e pubblico”, *Dizionario di Giurisprudenza*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, p. 75, señala en una excelente jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana que: “en el procedimiento de adjudicación de un contrato mediante un concurso de contrato la administración no está obligada a adjudicar los trabajos o suministros al mejor oferente con consideración exclusiva al aspecto económico —como está previsto en los concursos para subastas públicas o para licitación privada— sino que conserva un amplio poder discrecional en la evaluación comparativa de las ofertas individuales, ya sea sobre el aspecto técnico o sobre el patrimonial con respecto a la capacidad y seriedad de los oferentes, además de considerar los resultados surgidos del desarrollo del

El artículo 34 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, reformado por el decreto de fecha 3 de enero de 1990, señala que las proposiciones que satisfagan todos los aspectos señalados en el propio ordenamiento, se calificarán como solventes y, por tanto, sólo éstas serán consideradas para el análisis comparativo, debiéndose desechar las restantes.

Los aspectos preparatorios del análisis comparativo de las proposiciones, son los siguientes:³⁸⁵

- I. Comprobar que las ofertas recibidas en el acto de apertura incluyan la información, los documentos y los requisitos solicitados en las bases de la licitación.
- II. Verificar que el contratista cuenta con la especialidad que se requerirá para la obra específica de que se trate.
Además, comprobará que el ofertante cumple con los demás datos de carácter legal que se hayan establecido en las bases de la licitación.
- III. Verificar en el aspecto técnico, que el programa de ejecución sea factible de realizar con los recursos considerados por el contratista en el plazo solicitado, y que las características, especificaciones y calidad de los materiales que deban suministrar, considerados en el listado correspondiente, sean de los requeridos por la dependencia o entidad, y
- IV. Revisar, en el aspecto económico, que se hayan considerado para el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios, los salarios y precios vigentes de los materiales y demás insumos en la zona o región de que se trate.

Respecto al cargo por maquinaria y equipo de construcción, determinado con base en el precio y rendimiento de éstos, considerados como nuevos y acorde con las condiciones de ejecución del concepto de trabajo correspondiente.

concurso en relación con los fines que se persiguen; por lo tanto, la disposición por la cual se adjudica el contrato no es censurable cuando resulte immune de vicios lógicos y sea adecuadamente motivada (13 de noviembre de 1986)".

385 De acuerdo con el artículo tercero transitorio de la Ley, los "Reglamentos de las Leyes de Obras Públicas y de Adquisiciones, se seguirán aplicando en todo lo que no se opongan a la presente Ley".

En cuanto al monto del costo indirecto, que incluya los cargos por instalaciones, servicios, sueldos y prestaciones del personal técnico y administrativo y demás cargos de naturaleza semejante, y que en el costo por financiamiento se haya considerado la repercusión de los anticipos.

Cuando las ofertas satisfagan todos los aspectos anteriormente señalados, se calificarán como de oferentes solventes y, por lo tanto, sólo ellas serán consideradas para el análisis comparativo; por el contrario, las que no los cumplan serán desechadas.

c. Dictamen

247. Por otra parte, en los aspectos preparatorios de la emisión del fallo, se considerará lo siguiente:

I. Elaborar un dictamen, con base en el resultado del análisis comparativo, que servirá como fundamento para la emisión del fallo.

II. Dicho dictamen contendrá los elementos siguientes:

- los criterios utilizados para la evaluación de las ofertas;
- los lugares correspondientes a los participantes cuyas propuestas sean solventes, indicando el monto de cada una de ellas, y
- las proposiciones desecharadas, con las causas que originaron su exclusión.

Por lo tanto, el dictamen es un documento técnico que contiene el fundamento para el fallo, en el que se hace constar el análisis de las proposiciones admitidas, y se hará mención de las proposiciones desecharadas.

Los criterios enunciados no son excluyentes y pueden concurrir con otros que la entidad quiera considerar; sin embargo, los que han de influir en la adjudicación deben aparecer en el pliego de condiciones, para que el proponente sepa que se va a evaluar su oferta.

En todo caso, el criterio de adjudicar la licitación a la oferta que presente el precio más bajo³⁸⁶ no es el que se sigue; se debe tener en cuenta la que presente las condiciones más favorables y se ajuste al pliego de condiciones.

³⁸⁶ Véase el artículo 46 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

4. *Efectos legales y fallo*

248. A fin de determinar la naturaleza jurídica de este acto, se debe considerar que constituye la última fase del procedimiento licitatorio, que se efectúa para la preparación de la voluntad contractual administrativa y que produce cinco efectos legales, que son los siguientes:

- I. Libera a los licitadores, cuyas ofertas hayan sido admitidas como mejores o que han sido rechazadas, dando lugar a retirar sus documentos y garantías (artículo 59, párrafo 5 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas).
- II. Notificada la adjudicación al beneficiario, da lugar a que quede concertada la contratación, con libertad de su formalización en el contrato respectivo (artículo 62 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas).
De esa situación nace el derecho del adjudicatario de ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le occasionen, por la negativa del órgano convocante, a la realización del contrato respectivo.
- III. Establece el punto de partida conforme al cual comienzan a generarse los derechos y obligaciones de las partes contratantes.
- IV Obliga a la administración pública a mantener inalterables las bases de la licitación.
- V. Da lugar a la obligación del adjudicatario de integrar la garantía del cumplimiento del contrato respectivo.

La adjudicación constituye la expresión de la voluntad del Estado, mediante la cual éste acepta la oferta que le ha sido hecha por el proponente, que ha presentado la más baja o la más conveniente, según resulte del elemento variable que sirva para ponderar y diferenciar unas de otras.

Como ya se ha señalado, la adjudicación tiene un doble aspecto:

1. Determina cuál es la oferta más ventajosa; y
2. La declara aceptada.³⁸⁷

³⁸⁷ Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

El contrato se cierra con esa notificación o con la firma del instrumento respectivo cuando lo exija la Ley.

Por lo mismo, que el vínculo queda perfecto al ser comunicada la adjudicación (siempre, es claro, que expresamente no se diga lo contrario), tanto la administración como el particular tienen acción por cumplimiento del contrato, pudiendo optar por ésta o por la rescisión con daños y perjuicios.

De lo anterior se desprende que la adjudicación es un acto unilateral de la licitante, del que se desprenden derechos y obligaciones para las partes que intervinieron en el procedimiento de licitación, por lo que su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo.

Por otro lado, si bien la adjudicación constituye una declaración de voluntad unilateral, expresada en uso de facultades discrecionales, la misma se haya limitada por dos condiciones, que son:

1. Una, que se emita con arreglo a lo previsto en las bases de licitación y demás disposiciones jurídicas aplicables; y
2. La otra, que recaiga en la oferta que resulte la más conveniente para el Estado.

Decía, ya en el siglo XIX, el ilustre Colmeiro³⁸⁸ que

la adjudicación obliga en el acto al licitador en quien se remata la obra, dentro de los límites del contrato ... tiene que celebrarse con toda la fuerza que el derecho común imprime a las convenciones legalmente celebradas. Por esta misma causa, si la adjudicación no se hiciese de una manera legal ó conforme lo prescriben las leyes y reglamentos, podría la administración en cualquier tiempo anular el acto, porque no existe un derecho de tercero que se oponga a su voluntad.

Cualquier irregularidad en este sentido, podría dar lugar a la nulidad del procedimiento.³⁸⁹

249. En cuanto al fallo, o sea, dar a conocer a los interesados el resultado de la licitación, mediante la adjudicación, la Ley señala en materia de adquisiciones que el fallo podrá darse a conocer en la misma fecha en que

388 *Op. cit.*, p. 36.

389 Pouyaud, Dominique, *La Nullité des Contrats Administratifs*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, p. 81.

se lleve a cabo el acto de apertura de ofertas (artículo 45, fracción IV); generalmente, en este último acto, la dependencia o entidad señalará fecha, lugar y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación (artículo 58, fracción V).

El fallo deberá emitirse dentro de los 40 días naturales contados a partir de la fecha de inicio de la primera etapa, y podrá diferirse por una sola vez, siempre que el nuevo plazo fijado no exceda de 20 días naturales (para las adquisiciones y 40 días naturales para la obra pública), contados a partir del plazo establecido originalmente.

Los artículos 45 y 58 de la Ley señalan que en junta pública se dará a conocer el fallo de la licitación, a la que libremente podrán asistir los licitadores que hubieren participado en las etapas de presentación y apertura de proposiciones; en sustitución de esta junta, las dependencias y entidades podrán optar por comunicar por escrito el fallo de la licitación, a cada uno de los licitadores.

En el mismo acto de fallo, las dependencias y entidades proporcionarán por escrito a los licitadores la información acerca de las razones por las cuales su propuesta, en su caso, no fue elegida, asimismo, se levantará el acta del fallo de la licitación, que firmarán los participantes, a quienes se entregará copia de la misma.

Por otro lado, debemos señalar una novedad de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, y que es preceptiva exigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, en lo relativo a la publicación del fallo, ya que las dependencias y entidades a través de la sección especializada del *Diario Oficial de la Federación*, harán del conocimiento general la identidad del participante ganador de cada licitación pública. Esta publicación contendrá los requisitos que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Sánchez Carnelli, en un artículo publicado por el Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo,³⁹⁰ denominado “Adjudicación, vicios, impugnación”: señala que el acto adjudicatorio puede tener vicios de competencia, objeto, forma, en el acto, en la voluntad y en la persona del adjudicatario. Naturalmente, todos esos vicios pueden convalidarse en el acto de fallo o, en su caso, impugnarse, de acuerdo a los medios que veamos en el capítulo siguiente.

³⁹⁰ *Op. cit.*, p. 51.

C. FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

250. Realizada la adjudicación, ésta debe ser notificada al oferente seleccionado, diligencia que en algunos casos llega a constituir el perfeccionamiento del contrato respectivo y, por lo tanto, la administración pública se encuentra en posibilidad de efectuar el pedido del bien o servicio correspondiente.³⁹¹

La formalización del contrato correspondiente se llevará a cabo en un término no mayor de veinte días naturales contados a partir de la fecha en que se hubiere notificado al proveedor de la adjudicación de que se trate (artículo 50 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas), o 30 días, en cuanto a la obra pública (artículo 62).

Existe una sanción para las dos partes firmantes del contrato si dicha firma no se da en el plazo establecido ya que, señala el artículo 50 de la Ley, el proveedor a quien se hubiere adjudicado el contrato como resultado de una licitación, perderá en favor de la convocante la garantía que hubiere otorgado si, por causas imputables a él, la operación no se formaliza dentro del plazo señalado, pudiendo la dependencia o entidad adjudicar el contrato, al participante que haya presentado la segunda proposición solvente más baja.

Por otro lado, en caso de que la falta de formalización sea imputable a la administración pública, entonces el proveedor a quien se hubiere adjudicado el contrato no estará obligado a suministrar los bienes o prestar el servicio, si la dependencia o entidad, por causas no imputables al mismo proveedor, no firmare el contrato dentro del plazo establecido en ese artículo; en cuyo caso se le rembolsarán los gastos no recuperables en que hubiere incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la licitación de que se trate.

En España, la nueva Ley de Contrataciones contempla esta hipótesis, señalando que la administración indemnizará al contratista, de los daños y perjuicios que ocasione tal demora.³⁹²

Al respecto, Escola señala que:

391 La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en su artículo 50 establece las reglas generales para la posibilidad de que: “Los contratos deban formalizarse como resultado de la adjudicación...”.

392 Castillo Blanco, Federico, “Breves apuntes sobre la perfección y formalización de los contratos administrativos en la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas”, *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada, Cemci, 1996, p. 197.

...se considera que el contrato se perfecciona con el otorgamiento de ese documento, es decir, a partir de la firma del contrato, el cual servirá, además, como elemento eficiente para la prueba de la contratación, que de otro modo, se hará por la constancia del acto de adjudicación y su notificación y los documentos que se anexan a aquél.³⁹³

Nuestro sistema jurídico establece que el contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta (artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal); en materia civil existe el principio de que el contrato es la Ley entre las partes, y algunos piensan que este mismo principio se aplica en derecho administrativo (*le contrat est la loi des parties*).³⁹⁴

Respecto de la formalización, nos detendremos seguidamente en tres puntos:

1. La forma;
2. Convenios modificatorios y cesión de derechos, y
3. La rescisión administrativa.

1. *La forma*

251. En cuanto a la forma del contrato, que deriva de una adjudicación, habrá que ser muy cuidadoso, ya que se deberán utilizar los formatos previamente aprobados³⁹⁵ o regulados en alguna disposición especial,³⁹⁶ buscando ante todo seguridad jurídica, especialmente en el precio fijo,³⁹⁷ ya que a partir de la formalización del contrato, se iniciarán la ejecución y el control³⁹⁸ del mismo.

En nuestra Ley, al distinguir entre las adquisiciones y las obras públicas, el legislador tuvo un error o lo hizo deliberadamente: el hecho de sólo incluir como un requisito de las bases de licitación, pero únicamente en lo referente a las obras públicas, el modelo de contrato; sin pensar que en las adquisiciones, arrendamientos o prestación de servicios, también pueden existir

³⁹³ Cfr. Escola, *op. cit.*, p. 356.

³⁹⁴ Barbé, Raoul-P., *Droit Administratif Canadien et Québécois*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 292.

³⁹⁵ Valles, Arnaldo de, *Elementi di Diritto Amministrativo*, 3a. ed., Padua, CEDAM, 1965, p. 302.

³⁹⁶ Keyes, Noel, *Government Contracts*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, p. 142.

³⁹⁷ Naegelen, Florence y Michel Mougeot, *Les Marchés Publics*, París, Economica, 1993, p. 140.

³⁹⁸ Reppucci, Ugo, *Manuale Pratico di Diritto Amministrativo*, Bologna, Editrice Pragma, 1992, p. 234.

modelos de contratos o, en su defecto, el formato del pedido, ya que no se puede permitir, en cuanto a la igualdad de condiciones, a unos ofrecerles formato (artículo 33, B XI) y a otros no.

En materia de adquisiciones existe el concepto de contratos abiertos y abastecimiento simultáneo; en efecto, la ley establece (artículos 48 y 49) que se podrán celebrar contratos abiertos, conforme a lo siguiente:

- I. Se señalará la cantidad mínima y máxima de bienes por adquirir o arrendar, o bien, el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse en la adquisición o el arrendamiento.
En el caso de servicios, se establecerá el plazo mínimo y máximo para la prestación o bien, el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse;
- II. Se hará una descripción completa de los bienes o servicios relacionada con sus correspondientes precios unitarios;
- III. En la solicitud y entrega de los bienes se hará referencia al contrato celebrado;
- IV. Su vigencia no excederá del ejercicio fiscal correspondiente a aquel en que se suscriban, salvo que se obtenga previamente autorización para afectar recursos presupuestales de años posteriores en términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y su reglamento;
- V. Como máximo, cada treinta días naturales se hará el pago de los bienes entregados o de los servicios prestados en tal periodo; y
- VI. En ningún caso, su vigencia excederá de tres ejercicios fiscales.

En materia de abastecimiento simultáneo, las dependencias y entidades, previa justificación de la conveniencia de distribuir la adjudicación de los requerimientos de un mismo bien a dos o más proveedores, podrán hacerlo siempre que así se haya establecido en las bases de la licitación. En este caso, el porcentaje diferencial en precio que se considerará para determinar los proveedores susceptibles de adjudicación, no podrá ser superior al cinco por ciento respecto de la proposición solvente más baja.

Con relación al contenido en los contratos, dice Libardo Rodríguez:³⁹⁹

³⁹⁹ *Op. cit.*, p. 332.

los contratos de la administración contienen, por una parte, las cláusulas usuales o comunes en los de derecho privado, según la clase de contrato de que se trate. Dentro de estas cláusulas sobresalen las relacionadas con el objeto, la cuantía o valor y el plazo para la ejecución, las cuales son de forzosa estipulación.

Nuestra Ley también señala, en materia de obra pública, que los contratos contendrán como mínimo (artículo 61):

La autorización de la inversión para cubrir el compromiso derivado del contrato;

El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato;

La fecha de iniciación y terminación de los trabajos;

Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos para inicio de los trabajos y para compra o producción de los materiales;

Forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;

Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados, así como de los ajustes de costos;

Montos de las penas convencionales;

Forma en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso para la contratación o durante la ejecución de la obra;

Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser determinado desde las bases de la licitación por la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;

La descripción pormenorizada de la obra que se deba ejecutar, debiendo acompañar, como parte integrante del contrato, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes; y

En su caso, los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán controversias futuras y previsibles que pudieren versar sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo.

2. *Convenios modificatorios y cesión de derechos*

252. Brevemente comentaremos estos dos rubros, ya que no es nuestra intención profundizar en los contratos administrativos.

En cuanto a la modificación de los contratos, dice Olivera Toro que ese derecho es el *ius variandi* o “hecho del principio”, que permite a la administración llevar a cabo dicha modificación.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ Olivera Toro, Jorge, *Manual del derecho administrativo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1988, p. 263.

Los artículos 53 y 70 de la Ley permiten llevar a cabo modificaciones a los contratos; ya que establecen que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad y por razones fundadas, podrán acordar el incremento en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los seis meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el quince por ciento de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos en materia de adquisiciones y veinticinco por ciento del monto en materia de obra pública; asimismo, el precio de los bienes deberá ser igual al pactado originalmente y no habrá variaciones sustanciales al proyecto de obra original.

Igual porcentaje se aplicará a las modificaciones o prórrogas que se hagan respecto de la vigencia de los contratos de arrendamientos o servicios.

Tratándose de contratos en los que se incluyan bienes o servicios de diferentes características, el porcentaje se aplicará para cada partida o concepto de los bienes o servicios de que se trate.

Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito: por parte de las dependencias y entidades, los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el servidor público que lo haya hecho en el contrato o quien lo sustituya.

Las dependencias y entidades se abstendrán de hacer modificaciones que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente.

Por otro lado, en materia de obra pública, no serán aplicables los límites señalados (25%), cuando se trate de contratos cuyos trabajos se refieran a la conservación, mantenimiento y restauración de los inmuebles a que se refiere el artículo 50. de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricos, en los que no sea posible determinar el catálogo de conceptos, las cantidades de trabajo, las especificaciones correspondientes o el programa de ejecución.

253. En cuanto a la cesión de derechos, derivados de un contrato, anteriormente se la tenía prohibida, incluso la doctrina así lo señalaba;⁴⁰¹ las cosas cambiaron, ya que la Ley ahora sí lo permite y establece en su articulado (52 y 62) que los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios u obra pública, no

401 Pareja, Carlos H., *Curso de derecho administrativo*, 2a. ed., Bogotá, El Escolar, 1939, t. I, p. 400.

podrán cederse en forma parcial ni total en favor de cualesquiera otra persona física o moral, con excepción de los derechos de cobro, en cuyo caso se deberá contar con la conformidad previa de la dependencia o entidad de que se trate; lo anterior, a diferencia de España en donde no se requiere la conformidad de la administración, sino únicamente notificarle.⁴⁰²

3. La rescisión administrativa

254. El artículo 40 de la Ley preceptúa que

las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista.

Asimismo las dependencias y entidades podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general.

Para entender primero la rescisión, diremos que es una forma de terminar anticipadamente los contratos, válidamente celebrados, como consecuencia de un incumplimiento de alguna de las partes. El artículo 1949 del Código Civil establece que la acción resarcitoria es facultad de la parte que resultó perjudicada; utilizando el término resolución como sinónimo de rescisión.⁴⁰³

La rescisión administrativa, que ya se usa en el derecho mexicano en otras figuras,⁴⁰⁴ es un pacto comisorio expreso en favor de la administración, ya que ésta quiere tener la posibilidad de concluir los contratos administrativos, de manera anticipada sin ocurrir a los tribunales.

La doctrina le llama la facultad de rescisión (*resiliation*) unilateral⁴⁰⁵ o caducidad;⁴⁰⁶ en este último caso, se entiende como “la estipulación mediante la cual se otorga a la entidad contratante la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas como generadoras de esta decisión”.

⁴⁰² Castillo Blanco, Federico, “Consideraciones generales en torno a la ejecución del contrato administrativo en la reciente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada, Cemci, 1996, p. 312.

⁴⁰³ Borja Soriano, *op. cit.*, 488.

⁴⁰⁴ Martínez Morales, Rafael, *Derecho administrativo. Primer curso*, México, Harla, 1991, p. 267.

⁴⁰⁵ Flamme, Maurice-André, *Droit Administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. II, p. 827.

⁴⁰⁶ Rodríguez, Libardo, *op. cit.*, p. 332.

255. A decir del siempre admirable maestro André de Laubadère,⁴⁰⁷ la resolución del contrato administrativo puede darse por convención entre las partes, por faltar objeto en el contrato o porque la administración lo decida unilateralmente. En esta última hipótesis, Sabino Álvarez distingue entre rescisión (que lleva implícita indemnización, en general) y resolución administrativa, por declaración propia, si el cocontratante incumple el contrato público, con las sanciones penales prevenidas y, desde luego, con la pérdida de la garantía e indemnización de daños y perjuicios.⁴⁰⁸ Este criterio fue el que siguió el legislador mexicano cuando señaló que podría haber rescisión administrativa en los casos que desglosamos a continuación.

a. *Por causas imputables a la dependencia o entidad.* En este caso, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate.

b. *Por causas imputables al contratista.* En esta hipótesis, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los cuarenta días naturales siguientes a la fecha de notificación de la rescisión. En dicho finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados, que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados.

c. *Cuando concurren razones de interés general.* En este caso, la dependencia o entidad pagará al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate, y

d. *Por caso fortuito o fuerza mayor.* En este supuesto, si el contratista opta por la terminación anticipada del contrato, deberá presentar su solicitud a la dependencia o entidad, quien resolverá dentro de los veinte días naturales siguientes a la recepción de la misma; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente.

407 *Op. cit.*, t. II, p. 865.

408 *Op. cit.*, p. 155.

Cuando haya rescisión administrativa, por causas imputables a los proveedores o contratistas, la autoridad podrá aplicar las sanciones o multas, de acuerdo con las siguientes reglas:

- I. Se comunicarán por escrito al presunto infractor los hechos constitutivos de la infracción, para que dentro del término que para tal efecto se señale, y que no podrá ser menor de diez días hábiles, exponga lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que estime pertinentes;
- II. Transcurrido el término a que se refiere al punto anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que se hubieren hecho valer, y
- III. La resolución será debidamente fundada y motivada, y se comunicará por escrito al afectado.