



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Fernández Ruiz, Jorge

Los vicios de la contratación pública en México

Derecho PUCP, núm. 66, diciembre-junio, 2011, pp. 469-488

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656149024>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los vicios de la contratación pública en México

The vices of government procurement in Mexico

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ*

Resumen: El artículo parte de la premisa de que existe una ausencia de rectitud en la adjudicación y celebración de contratos del sector público y, a la luz de la Convención Interamericana contra la Corrupción, elabora un análisis crítico de la legislación mexicana en materia de contrataciones y adquisiciones con el Estado. Las conclusiones finales sostienen que aún existen grandes deficiencias en materia de contratación pública.

Palabras clave: Contratación pública – sector público – corrupción pública – licitación pública

Abstract: The article begins with the premise that there is a lack of fairness in the allocation and contracting in the public sector. At the light of the Inter-American Convention against Corruption, it develops a critical analysis of the Mexican legislation on hiring and procurement with the State. The conclusions argue that there are still huge gaps in public procurement.

Key words: Public procurement – public sector – public corruption – public procurement

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. LA CORRUPCIÓN.– II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.– III. A MANERA DE EPÍLOGO.

INTRODUCCIÓN

El Estado requiere con frecuencia de la activa participación de los particulares, a efecto de lograr sus fines y satisfacer sus necesidades, ya para la realización de obras públicas, o bien para proveerse de bienes y servicios mediante la celebración de negocios contractuales —a menudo de carácter administrativo—, cuya adjudicación y condiciones suelen verse trastocadas por el cáncer de la corrupción expresado bajo las más diversas formas y modalidades.

La reiterada falta de rectitud en la adjudicación y celebración de contratos del sector público se ha convertido en un hábito que predica la corrupción de la administración pública en México. Los vicios de la contratación administrativa se incuban en la normativa jurídica que la regula, la que se reforma con frecuencia para hacer creer que se trata

* Es doctor y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde también se desempeña como investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y es presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

de evitar las inmoralidades en la adjudicación y celebración de los contratos públicos mediante modificaciones que dejan intocadas las graves fallas de la normativa jurídica correspondiente, lo que acusa la falta de voluntad política para corregirlas.

Además, el defectuoso marco jurídico es infringido con frecuencia por los funcionarios públicos a cuyo cargo queda el trámite de contratación de la administración pública y quienes no castigan a los funcionarios de alto rango, que son los principales beneficiarios de esas corruptelas y con frecuencia disfrutan de absoluta impunidad.

I. LA CORRUPCIÓN

Al igual que el crimen organizado, la corrupción y la impunidad son fenómenos que se registran tanto en los países pobres como en los ricos, en detrimento de la administración pública y de la sociedad. Se trata de una expresión peculiar de la economía globalizada: el dinero sucio viaja por los mismos ductos que los de las finanzas especulativas. Uno y otro requieren de la reducción de la regulación y del control del Estado para su expansión, por lo que se sustentan y apoyan mutuamente.

Un factor de la inestabilidad estatal es la corrupción: en lo político, destruye la credibilidad de las autoridades y corroe las entrañas mismas del Estado al sobreponer el interés particular —oscuro, ilegítimo e inconfesable— del funcionario público que participa en la celebración de los contratos administrativos al interés del ente estatal, de la nación y de la comunidad; en otras palabras, en detrimento de la democracia, de la justicia y del Derecho.

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

Un estudio realizado por una institución particular de educación superior acusa la corrupción imperante en las empresas privadas instaladas en México por emplear el 8,5% de sus ingresos en gastos extraoficiales para influir en la determinación de las políticas públicas y por destinar el 5.1% a sobornos administrativos¹.

Asombra que en Estados Unidos, tan solo en el último sexenio del siglo pasado, se presentaron centenares de denuncias de corrupción respecto

¹ Centro de Estudios Estratégicos. *Encuesta de gobernabilidad y desarrollo empresarial EGDE*, 2002.

de contratos internacionales por un monto de doscientos mil millones de dólares². Por tanto, resulta ocioso enfatizar la importancia de transparentar los procesos de licitación y contratación de los contratos del Estado, a efecto de erradicar la corrupción en estas áreas tan vulnerables a ella.

Ineludiblemente, el tema de la regulación jurídica de los contratos del Estado pasa por la corrupción, calamidad que figura como una constante en la historia política de todos los tiempos y cuyo combate requiere no solo de toda la energía de cada gobierno, sino que reclama la acción concertada de la comunidad internacional, aquella que en los últimos tres lustros ha celebrado diversos pactos en la materia, entre los que destacan los adoptados en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la Conferencia Internacional sobre la Corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas por veintiún Estados la mañana del 29 de marzo de 1996, reconoce en su preámbulo la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculadas con dicho ejercicio. Ante tal necesidad, los Estados partes convienen expresamente, de acuerdo con el artículo III de dicha convención, en la aplicabilidad de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia en la celebración de los contratos de la administración pública, como son los de adquisición de bienes y servicios.

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

Ningún ámbito del sector público es inmune a la corrupción. Así, es motivo de escándalo el cabildeo realizado cotidianamente en el congreso estadounidense por profesionales del *lobbying* en los pasillos del senado y de la cámara de representantes para lograr los votos de los legisladores y favorecer a sus clientes —los grandes consorcios empresariales—,

2 Departamento de Estado de Estados Unidos. *Fighting global corruption: business risk management*. Washington DC: 2001, p. 3.

a cambio de dádivas en efectivo o en especie. La fraudulenta quiebra de la gigantesca empresa Enron no solo evidencia su ineficacia e incapacidad para la monopólica prestación del servicio público de suministro de energía eléctrica, sino que desnuda la corrupción que flagela al poder legislativo de los Estados Unidos.

Ningún área del sector público de país alguno queda exenta del terrible cáncer de la corrupción pública, según reseñan los medios de comunicación masiva de numerosos países cuyos órganos depositarios del poder público han sido azotados severamente por ese mal en épocas recientes y a sus más altos niveles.

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

Consiguientemente, habrá de considerarse a la corrupción y a la impunidad como lo que en rigor son: graves amenazas latentes para todo el sector público y para la sociedad entera. En consecuencia, no debe escatimarse esfuerzo alguno ni medida necesaria para prevenirla, combatirla y reprimirla, so riesgo de naufragar en el proceloso mar de la inmoralidad, el cinismo y la ignominia.

De este modo, el combate con la corrupción requiere de una estrategia que impida asociarla con la impunidad mediante el diseño e implantación en cada país de un idóneo régimen jurídico que norme de manera adecuada y efectiva la actuación de los servidores públicos —con especial cuidado de las áreas del sector público más vulnerables a la corrupción— y precise sus deberes, obligaciones y posibles responsabilidades, mediante una normativa jurídica específica que en México aparece contenida en la Constitución, en tratados internacionales, en legislación secundaria y en otros ordenamientos jurídicos: “La base constitucional del régimen jurídico mexicano de la responsabilidad de los servidores públicos está contenido básicamente en el título cuarto de la Constitución, compuesto por siete artículos: del 108 al 114; mediante el primero de ellos se establece el catálogo de servidores públicos”.

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

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

El título constitucional en análisis contiene también un catálogo de los servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político —cuyas sanciones podrán consistir en la destitución del servidor público y la inhabilitación para ocupar otro cargo público— y otro listado de los que, por gozar de inmunidad, solo pueden ser enjuiciados penalmente, previa declaración de procedencia de la cámara de diputados formulada por mayoría absoluta de sus miembros presentes.

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

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

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

RESPONSABILIDAD DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 108 al 114 de la Constitución Federal, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes: A) La responsabilidad política para ciertas categorías de servidores públicos de alto rango, por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. B) La responsabilidad penal para los servidores públicos que incurran en delito. C) La responsabilidad administrativa para los que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública, y D) La responsabilidad civil para los servidores públicos que con su actuación ilícita causen daños patrimoniales. Por lo demás, el sistema

descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones³.

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

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

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

3 Amparo en revisión 237/94 Federico Vega Copca y otro del 23 de octubre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz. En *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo III, abril de 1996, p. 128.

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

Entre las medidas preventivas previstas en la convención en análisis destacan las de crear, mantener y fortalecer:

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

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

De conformidad con el artículo VII de la convención en comentario, los Estados suscriptores que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas necesarias para tipificar como delitos, en su Derecho interno,

los actos de corrupción señalados en ella, así como para facilitar la cooperación entre los propios Estados.

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

La Convención Interamericana contra la Corrupción incluye un precepto relativo al secreto bancario en cuya virtud ninguno de los Estados suscriptores se puede amparar en él para negarse al requerimiento de otro de ellos en el entendido de que el requirente se obliga a no utilizar la información protegida por el secreto bancario a ningún fin distinto del proceso para el cual se solicite, salvo que lo autorice el Estado requerido.

Cabe señalar que muchos de los preceptos de la Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaban incluidos en el derecho positivo mexicano y otros se han pretendido incluir o mejorar mediante la expedición o reforma de diversos ordenamientos jurídicos expedidos con posterioridad a su firma, como la Ley de Adquisiciones y Servicios del Sector Público, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la Ley Federal de Transparencia y acceso a la Información Pública Gubernamental, y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, entre otras.

El régimen legal de la responsabilidad jurídica de los servidores públicos está contenido principalmente en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y en los títulos décimo y undécimo del libro segundo del Código Penal Federal, cuyas disposiciones sobre la materia comentamos a continuación. Además, el citado régimen legal se complementa con diversos preceptos contenidos en distintos ordenamientos legales, como el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la Ley de Planeación, la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, entre otras.

II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

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

II.1. Etapas de la contratación administrativa

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

II.1.1. La etapa preliminar

La etapa preliminar está destinada a orientar a la administración pública en la celebración de los contratos administrativos y su consiguiente aplicación de recursos. En México, de acuerdo con los fines, objetivos y metas predeterminados por el Estado en el Plan Nacional de Desarrollo para garantizar, como dispone el artículo 25 constitucional, un desarrollo integral, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, del empleo y de una más justa distribución del ingreso y la riqueza, propicie el sano ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales. Por todo esto, esta etapa preliminar incluye las actividades de planeación, programación y fijación del presupuesto de los contratos del sector público.

Integran el marco jurídico de la etapa preliminar del proceso de contratación los artículos constitucionales 25, 26, 73, fracciones VII, VIII, XXIX-D, XXIX-E y XXX, 74 fracción IV, 89 fracción I, 90, 100, 126 y 134, así como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley de Planeación, la Ley General de Deuda Pública, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, entre otros ordenamientos jurídicos.

II.1.2. La etapa ejecutiva

Los pasos principales en la etapa ejecutiva del proceso de contratación administrativa son: la selección del cocontratante de la administración pública, la celebración del contrato, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, las modificaciones del contrato. Dentro de esta etapa se ubica precisamente la selección del cocontratante de la administración pública, la cual puede efectuarse bajo tres

procedimientos distintos: el de licitación pública o abierta, el de licitación cerrada o restringida, y el de adjudicación directa.

II.1.3. La etapa final

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

II.2. Formas de selección del proveedor o contratista

Tanto la legislación como la doctrina prevén dos formas básicas para seleccionar al contratista de la administración pública en un contrato administrativo. Una es la adjudicación directa, en la que sin mayor preámbulo se designa al cocontratante, tal como ocurre en los contratos de poca monta, o de aquellos de un único cocontratante posible, o en los que se celebran con motivo de casos de desastre o de alteración del orden social. La otra forma de selección es la licitación, basada en un régimen de competencia en que deben contender en condiciones de igualdad diversos aspirantes que así responden a una convocatoria o invitación previas.

II.2.1. La licitación

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

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

II.2.1.1. Concepto de licitación

En nuestra legislación, el vocablo “licitación” se ha empleado como sinónimo de subasta, concurso y remate. El artículo 134 constitucional,

en su texto vigente, se refiere a “licitaciones” para la adjudicación de los contratos del gobierno, mientras que su texto original usó la palabra “subasta”.

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

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

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

II.2.1.2. Naturaleza jurídica de la licitación

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

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

LOS VICIOS DE LA
CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN
MÉXICO

THE VICES OF
GOVERNMENT
PROCUREMENT
IN MEXICO

4 Gordillo, Agustín. *Después de la reforma del Estado*. Segunda edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp. 1-2.

Se demuestra que la licitación no forma parte del contrato, con la circunstancia de que una vez adjudicado como resultado de aquella puede no llegar a celebrarse, sin que pueda hablarse de rescisión, pues el contrato aún no ha nacido. En consecuencia, de acuerdo con nuestra legislación federal, la licitación viene a ser una etapa procedimental preliminar a la del contrato. Por esta razón, licitación y contrato son, dentro del proceso de contratación, dos fases distintas integradas mediante procedimientos independientes, aun cuando interrelacionados, por ser ocasionalmente la primera requisito —nunca elemento— del negocio contractual administrativo.

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

II.2.1.3. Principios fundamentales de la licitación

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

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

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

Predica el principio de isonomía la igualdad de los administrados frente a la administración pública, lo cual, en el caso de la licitación, implica el tratamiento igual —en situación igual— de todos cuantos contienden para convertirse en cocontratante de la administración pública en un contrato específico⁵.

El principio de competencia supone la concurrencia de aspirantes en pugna, es decir, de contendientes a convertirse en cocontratante de un contrato administrativo, lo cual implica la ausencia de acuerdos entre ellos para propiciar el triunfo de alguno en particular, o para que

5 Véase Aranha Bandeira de Mello, Oswaldo. *Da licitação*. São Paulo: Forense, 1978, p. 38.

quienquiera que gane obtenga una utilidad desmesurada. Con acuerdo entre aspirantes no puede haber competencia.

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

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

Permite el principio de publicidad la transparencia del procedimiento de licitación, lo que —como bien hace notar la profesora María Gabriela Ábalos— propicia la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial⁶.

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

II.2.1.4. *Formas de licitación*

Admite la licitación dos formas fundamentales: la pública y la privada, también conocida como “cerrada” o de “invitación restringida”, según se convoque públicamente a los interesados que satisfagan determinados requisitos o se invite directamente solo a unos potenciales cocontratantes. El artículo 27 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas reconoce esas dos formas de selección de cocontratante, en la segunda de las cuales —según previene el artículo 41 de dicho ordenamiento legal— solo se invita a pocas personas, que para efectos de ella no deberán ser menos de tres.

6 Ábalos, María Gabriela. “La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante”. En Ismael Farrando (director). *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 92.

7 Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 135.

II.2.2. El procedimiento de licitación pública

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

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

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

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

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

II.2.3. Excepciones a la licitación pública

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

⁸ Comadira, Julio Rodolfo. *La licitación pública*. Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 3-4.

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

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

- cuando el contrato solo pueda celebrarse con una determinada persona por estar referido a obras de arte, titularidad de patentes de derechos de autor u otros derechos exclusivos;
- cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales;
- cuando existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados;
- cuando se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o se necesiten para garantizar la seguridad interior de la nación; además, tratándose de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, cuando comprometan información de naturaleza confidencial para el Gobierno Federal;
- cuando, por derivar de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o servicios o ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate; en este supuesto, las cantidades, conceptos o trabajos, deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontar el caso;
- cuando se hubiere rescindido el contrato licitado por causas imputables al proveedor o contratista que hubiese resultado ganador en la licitación, caso en el que podrá adjudicarse el contrato al oferente que en la licitación respectiva hubiera presentado la siguiente proposición solvente más baja, a condición de que su postura no resulte superior al diez por ciento de la ganadora; y
- cuando se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas.

II.2.4. Los licitantes y sus proposiciones

En una licitación pública específica se considera interesados a quienes, en respuesta a la convocatoria correspondiente, adquieren el pliego de condiciones o las bases de licitación respectivas. Esos interesados pasan a ser oferentes o proponentes cuando formulan y presentan una oferta o propuesta para contender en la licitación, y se convierten en licitantes

cuando son admitidos como tales por no incurrir en ninguno de los impedimentos preestablecidos para ello y cumplir los requisitos impuestos en la normativa aplicable; de entre ellos uno devendrá cocontratante, de no declararse desierta la licitación.

Consecuentemente, interesado, oferente —o proponente— y licitante no son sinónimos, toda vez que, si bien es cierto que todos los licitantes son oferentes o proponentes y todos ellos resultan interesados en la licitación, no todos los interesados, sino solo quienes presenten oferta o proposición llegan a ser proponentes u oferentes, los cuales tampoco se convierten directamente en licitantes, sino únicamente aquellos que son admitidos como tales por haber satisfecho los requisitos y condiciones correspondientes, previstos o detallados en la ley, en el reglamento y en las bases de la licitación, así como por no tener impedimento para serlo.

El reglamento de la abrogada Ley de Obras Públicas implícitamente establecía en su artículo 24 diversos requisitos para ser licitante, como el de declaración escrita y bajo protesta de decir verdad de no encontrarse en los supuestos del artículo 51 de la ley; el de contar con capital contable mínimo adecuado a los trabajos a realizar, que no será inferior al monto de los pedidos de insumos indispensables para el primer ejercicio; y el de estar inscrito en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas. Este último requisito perdió vigencia porque tal registro público ya no figuró en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, lo que dio lugar a su desaparición.

II.2.5. Trascendencia de los padrones de proveedores y contratistas

En la evaluación de la conveniencia o inconveniencia de que exista un padrón de posibles cocontratantes de la administración pública, se debe tener presente que esta obliga a sus cocontratantes a acreditar su idoneidad en tres vertientes: moral, técnica y financiera. La idoneidad moral puede presumirse y desvirtuarse por proporcionar información falsa para participar en la licitación respectiva o en otra diferente; o por actuar con dolo o mala fe en algún proceso administrativo o judicial, por citar algunos ejemplos. La idoneidad técnica y financiera, en cambio, por tratarse de hechos positivos fácilmente comprobables, debe ser acreditada por el interesado.

La inexistencia de un padrón de posibles cocontratantes de la administración pública repercute en un procedimiento de licitación más lento y laborioso, por cuanto exige en cada caso el examen y análisis de la idoneidad de los oferentes, que podría obviarse si estos ya la hubieran acreditado previamente mediante su inscripción en el padrón respectivo; y, lejos de disminuir la corrupción, la propicia al permitir la proliferación de cocontratantes no idóneos, especialmente en los casos de licitaciones mediante invitación restringidas y de adjudicaciones directas.

En México, las primeras leyes regulatorias de las adquisiciones de la administración pública y de las obras públicas, expedidas en 1965, establecieron los respectivos padrones de proveedores y de contratistas que perduraron en las sucesivas leyes de tales materias hasta la entrada en vigor de la ya abrogada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, la cual los suprimió al no incluirlos en su articulado.

Establecía la referida Ley de Obras Públicas diversas excepciones a la obligación de inscribirse en el padrón de contratistas, como en el caso de quienes exclusivamente contrataran con la administración pública, obra pública de reducida cuantía; determinaba la vigencia indefinida del referido padrón de contratistas; configuraba la afirmativa ficta respecto de la solicitud de inscripción en el referido padrón cuando la secretaría no resolviera dentro de un plazo de veinte días hábiles; facultaba a la secretaría para suspender e incluso cancelar el registro de los contratistas en el padrón de referencia en diversos casos, como en el de declaración de quiebra; y establecía el recurso de revocación contra las resoluciones que negaran la inscripción en el citado padrón u ordenaran la suspensión o cancelación del registro respectivo.

En forma similar, la también abrogada Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles regulaba también, en el capítulo II de su título segundo, la existencia y funcionamiento del Padrón de Proveedores.

Ambos padrones de contratistas y proveedores, bajo diversas modalidades, funcionan en diversos países, como Argentina, Colombia, Costa Rica, España y Uruguay; por ejemplo, en este último país, están establecidos dos padrones: el Registro Nacional de Proveedores y el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas¹⁰.

II.2.6. Las garantías en la licitación

Mediante diversos preceptos, el legislador debe tratar de asegurar el éxito de las licitaciones de los contratos administrativos —entre otras formas— al imponer a los oferentes la obligación de respaldar la seriedad de su proposición por medio del otorgamiento de una garantía. La ausencia de obligación de garantizar la seriedad de la oferta permite que esta se haga de manera irresponsable, y hasta puede dar lugar a que algunos, deliberadamente, formulen proposiciones sin el ánimo de cumplirlas, pero en connivencia con funcionarios de la convocante, con el propósito de dar lugar a la posterior adjudicación directa del contrato respectivo.

10 Véase Delpiazzo, Carlos E. *Contratación administrativa*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1999, pp. 150-156.

A pesar de que se trataba de procedimientos distintos, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en su artículo 38, establecía los tipos de garantías que debían otorgar quienes participaban en las licitaciones o celebraban los contratos que regulaban dicho ordenamiento. Así, dicha ley, en su fracción I, determinaba que los primeros deberían garantizar la seriedad de las proposiciones en los procedimientos de licitación pública; y en el antepenúltimo de sus párrafos facultaba a los titulares de las dependencias y órganos de gobierno de las entidades para fijar las bases, la forma y los porcentajes a los que habría de apegarse la garantía referida.

En lo concerniente a la vigencia de las garantías de seriedad, en los términos del segundo párrafo de la fracción I del artículo 38 de la abrogada Ley de Adquisiciones y Obras Públicas se nos dice que: “La convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los licitantes salvo la de aquél a quien se hubiere adjudicado el contrato, la que se retendrá hasta el momento en que el proveedor o contratista constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente”.

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

III. A MANERA DE EPÍLOGO

Las múltiples reformas realizadas durante las dos últimas décadas a la legislación que regula la contratación de obra pública y de adquisición de bienes y servicios por parte del sector público parecen ejercicios de “gatopardismo”, cuya fórmula, expuesta por Giuseppe Tomasi de Lampedusa en su célebre novela *El gatopardo*, consiste en cambiar todo para que todo quede igual, toda vez que, a pesar de las escasas y modestas mejoras logradas mediante tales reformas, la actual regulación jurídica mexicana de los contratos administrativos —dados los evidentes defectos de que todavía adolece— aún dista mucho de ser la herramienta jurídica adecuada para el combate a la corrupción en áreas tan proclives a ella como son las encargadas de la adjudicación y control de los contratos administrativos relativos a la deuda pública, la obra pública y la adquisición, suministro de bienes muebles y de servicios.

En efecto, se puede observar que persisten intocadas grandes deficiencias en la materia de contratación pública, como la escasez de regulación y de control, así como la ausencia de licitación o de mecanismos

sucedáneos y excesiva discrecionalidad en los empréstitos públicos; la carencia de padrones de proveedores y contratistas; no exigir garantías de seriedad en sus ofertas a quienes participan en las licitaciones de adjudicación de contratos administrativos; y la frecuente adjudicación de numerosos contratos administrativos sin cumplir con la modesta normativa aplicable. Estas son, entre otras, añejas lacras pendientes de eliminar en el marco jurídico de los contratos administrativos y en la praxis de su aplicación.

Corroborar el “gatopardismo” de las reformas a la normativa de la contratación pública la incorporación de la figura del “testigo social” en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, al disponer la primera de estas leyes, en su artículo 26 ter que:

En las licitaciones públicas, cuyo monto rebase el equivalente a cinco millones de días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (aproximadamente veinticinco millones de dólares americanos) y en aquellos casos que determine la Secretaría de la Función Pública atendiendo al impacto que la contratación tenga en los programas sustantivos de la dependencia o entidad, participarán testigos sociales.

Disposición semejante contiene el artículo 27 bis de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, pero aplicable solo a las licitaciones públicas que rebasen el equivalente a diez millones de días de salario mínimo general, equivalente a casi cincuenta millones de dólares americanos.

La participación de los testigos sociales en los procedimientos de licitación pública es irrelevante porque carecen de atribuciones para corregir las anomalías que observen en su desarrollo, además de que su vista gorda propicia su permanencia en el cargo¹¹.

11 “Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Artículo 26 Ter. En las licitaciones públicas, cuyo monto rebase el equivalente a 5 millones de días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y en aquellos casos que determine la Secretaría de la Función Pública atendiendo al impacto que la contratación tenga en los programas sustantivos de la dependencia o entidad, participarán testigos sociales conforme a lo siguiente: I. La Secretaría de la Función Pública tendrá a su cargo el padrón público de testigos sociales, quienes participarán en todas las etapas de los procedimientos de licitación pública, a los que se refiere esta Ley, con voz y emitirán un testimonio final que incluirá sus observaciones y en su caso recomendaciones, mismo que tendrá difusión en la página electrónica de cada dependencia o entidad, en CompraNet y se integrará al expediente respectivo. II. Los testigos sociales serán seleccionados mediante convocatoria pública, emitida por la Secretaría de la Función Pública. III. La Secretaría de la Función Pública, acreditará como testigos sociales a aquellas personas que cumplan con los siguientes requisitos: a) Ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos o extranjero cuya condición migratoria permita la función a desarrollar; b) Cuando se trate de una organización no gubernamental, acreditar que se encuentra constituida conforme a las disposiciones legales aplicables y que no persigue fines de lucro; c) No haber sido sentenciado con pena privativa de libertad; d) No ser servidor público en activo en México y/o en el extranjero. Asimismo, no haber sido servidor público Federal o de una Entidad Federativa durante al menos un año previo a la fecha en que se presente su solicitud para ser acreditado; e) No haber sido sancionado como servidor público ya sea Federal, estatal, municipal o por autoridad competente en el extranjero; f) Presentar currículo en el que se acrediten los grados académicos, la especialidad correspondiente, la experiencia laboral y, en su caso, docente, así como los reconocimientos que

Si se incrementaran sus atribuciones, su actuación no tendría una gran repercusión porque la mayoría de los contratos administrativos no se adjudica mediante licitación pública y, además, la mayoría de las licitaciones públicas no rebasan esos montos.

haya recibido a nivel académico y profesional; g) Asistir a los cursos de capacitación que imparte la Secretaría de la Función Pública sobre esta Ley y Tratados, y h) Presentar manifestación escrita bajo protesta de decir verdad que se abstendrá de participar en contrataciones en las que pudiese existir conflicto de intereses, ya sea porque los licitantes o los servidores públicos que intervienen en las mismas tienen vinculación académica, de negocios o familiar. IV. Los testigos sociales tendrán las funciones siguientes: a) Proponer a las dependencias, entidades y a la Secretaría de la Función Pública mejoras para fortalecer la transparencia, imparcialidad y las disposiciones legales en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios; b) Dar seguimiento al establecimiento de las acciones que se recomendaron derivadas de su participación en las contrataciones, y c) Emitir al final de su participación el testimonio correspondiente del cual entregarán un ejemplar a la Secretaría de la Función Pública. Dicho testimonio deberá ser publicado dentro de los diez días naturales siguientes a su participación en la página de Internet de la dependencia o entidad que corresponda. En caso de que el testigo social detecte irregularidades en los procedimientos de contratación, deberá remitir su testimonio al área de quejas del órgano interno de control de la dependencia o entidad convocante y/o a la Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Se podrá exceptuar la participación de los testigos sociales en aquéllos casos en que los procedimientos de contrataciones contengan información clasificada como reservada que pongan en riesgo la seguridad nacional, pública o la defensa nacional en los términos de las disposiciones legales aplicables. El Reglamento de esta Ley especificará los montos de la contraprestación al testigo social en función de la importancia y del presupuesto asignado a la contratación".