



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA”

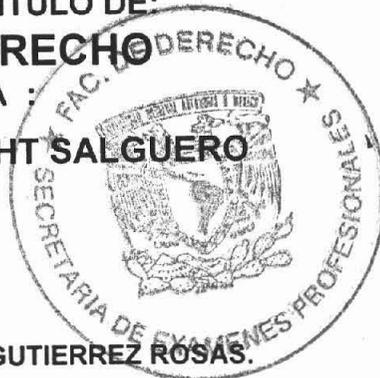
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JOSE ALEJANDRO MC NAUGHT SALGUERO



DIRECTORA DE TESIS. LIC. ROSA MA. GUTIERREZ ROSAS.



MEXICO D. F

NOVIEMBRE 2005

m 339934



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno MC NAUGHT SALGUERO JOSE ALEJANDRO, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA", bajo la dirección del suscrito y de la Lic. Rosa Ma. Gutiérrez Rosas, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

La Lic. Gutiérrez Rosas, en oficio de fecha 8 de noviembre de 2004, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., noviembre 9 de 2004.



LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO

**NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.*



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

LIC. EDMUNDO ELIAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.
P R E S E N T E

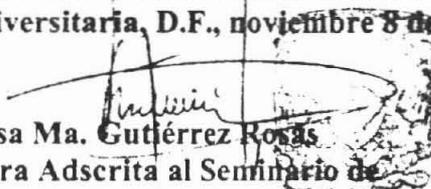
Distinguido Maestro:

Con toda atención me permito informar a usted que he asesorado completa y satisfactoriamente la monografía intitulada "EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA", que presenta el pasante en Derecho C. MC NAUGHT SALGUERO JOSE ALEJANDRO.

La tesis de referencia reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes de nuestra Universidad.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a usted las seguridades de mi consideración más distinguida.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., noviembre 8 de 2004.


Lic. Rosa Ma. Gutiérrez Rosas
Profesora Adscrita al Seminario de
Derecho Constitucional y de Amparo.

*lrm.

RECEBIÓ
SEM. DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

A mi esposa Karina, por su amor y apoyo incondicional.

A todos mis maestros y amigos que de forma directa o indirecta ayudaron a mi formación.

ÍNDICE

EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	
LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO, LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SU METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN Y FORMAS DE EXTINCIÓN.	1
1.1.- LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO COMO ENTE GENÉRICO.	1
1.1.1.- LA INSTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO.	1
1.1.2.- ANTECEDENTES MODERNOS.	4
1.1.3.- CONCEPCIÓN MODERNA DEL CONTRATO.	6
1.1.4.- TEORÍA SOBRE LA VICISITUD DEL CONTRATO.	9
1.1.5.- DIRIGISMO CONTRACTUAL.	10
1.1.6.- EL CONTRATO COMO FIGURA JURÍDICA GENERAL O UNIVERSAL.	13
1.2.- TEORÍAS A CERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	19
1.2.1.- LOS FINES DEL ESTADO.	19
1.2.1.1.- LA RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO.	22
1.2.2.- LA COLABORACIÓN DE LOS PARTICULARES.	25
1.2.3.- EL SURGIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	29
1.2.4.- CORRIENTES QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	35
1.2.4.1.- DOCTRINA DE LA UNILATERALIDAD O DE LA INEXISTENCIA DE UN ACUERDO DE VOLUNTADES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO.	36
1.2.4.2.- UNIDAD DEL DERECHO E INEXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	38
1.2.4.3.- DOCTRINA PRIVATISTA.- IGUALDAD ENTRE EL LLAMADO CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LOS CELEBRADOS POR LOS PARTICULARES.	39
1.2.4.4.- LA TEORÍA ESPECIAL DE ALGUNOS DESTACADOS AUTORES ESPAÑOLES.	42
1.2.4.5.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN.	45
1.2.5.- LAS CARACTERÍSTICAS QUE DETERMINAN LA NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y TEORÍAS QUE LO JUSTIFICAN.	48
1.2.5.1.- LA TEORÍA SUBJETIVA.	52
1.2.5.2.- LA TEORÍA JURISDICCIONAL.	54
1.2.5.3.- LA TEORÍA FORMAL.	56
1.2.5.4.- LA TEORÍA LEGALISTA.	57
1.2.5.5.- LA TEORÍA VOLUNTARISTA.	59
1.2.5.6.- TEORÍA DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.	60
1.2.5.7.- LA TEORÍA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES.	61



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

1.2.5.8.- LA TEORÍA TELEOLÓGICA.	64
1.2.5.8.1.- VERTIENTE DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.	65
1.2.5.8.2.- VERTIENTE DE LA UTILIDAD PÚBLICA.	67
1.2.5.8.3.- VERTIENTE DEL INTERÉS PÚBLICO.	67
1.2.5.8.4.- VERTIENTE DE LOS FINES PROPIOS O ESPECÍFICOS DEL ESTADO.	73
1.2.5.9.- TEORÍA DE LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES.	74
1.2.5.10.- TEORÍA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CAUSA FIN DEL CONTRATO.	75
1.2.5.11.- LAS TEORÍAS ECLÉCTICAS.	77
1.2.5.12.- Mi OPINIÓN.	79
1.3.- LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	79
1.3.1.- CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	80
1.3.1.1.- JURIDICIDAD.	81
1.3.1.2.- BILATERALIDAD.	82
1.3.1.3.- DESIGUALDAD DE LAS PARTES	82
1.3.1.4.- RESTRICCIÓN EN LA LIBERTAD DE LAS PARTES.	84
1.3.1.5.- LA PREPONDERANCIA DEL INTERÉS PÚBLICO.	85
1.3.1.6.- RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO Y EXORBITANTE RESPECTO DEL DERECHO PRIVADO.	86
1.3.2.- PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	87
1.3.2.1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.	88
1.3.2.2.- EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.	89
1.3.2.3.- PRINCIPIO DE DIRECCIÓN Y CONTROL	90
1.3.2.4.- EL PRINCIPIO DE MUTABILIDAD.	93
1.3.2.5.- PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA.	97
1.3.2.5.1.- EL HECHO DEL PRÍNCIPE.	103
1.3.2.5.2.- DIFICULTADES MATERIALES IMPREVISTAS.	106
1.3.2.5.3.- TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.	107
1.3.2.6.- POTESTAD SANCIONADORA	114
1.3.2.7.- LA FACULTAD DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y METODOLOGÍA JURÍDICA APLICABLE.	119
1.4.- LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	122
1.4.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	123
1.4.1.1.- MODOS NORMALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	124
1.4.1.1.1.- EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.	124
1.4.1.1.2.- EL VENCIMIENTO DEL PLAZO.	124
1.4.1.2.- MODOS ANORMALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	126

1.4.1.2.1.- RESCISIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO.	129
1.4.1.2.2.- DESAPARICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO.	129
1.4.1.2.3.- RESCISIÓN POR CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR, HECHO DEL PRÍNCIPE Y HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN.	130
1.4.1.2.4.- RESCISIÓN POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL COCONTRATANTE.	130
1.4.1.2.5.- RESCISIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL COCONTRATANTE.	131
1.4.1.2.6.- RESCISIÓN POR CAUSA DE INTERÉS PÚBLICO, O POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA.	133
1.4.1.2.7.- LA RENUNCIA DEL COCONTRATANTE.	134
1.4.1.2.8.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INVALIDEZ.	134

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN MÉXICO.	136
2.1.- PRIMERAS NORMAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	136
2.1.1.- DECRETO DEL CONGRESO DE 9 DE OCTUBRE DE 1826.	137
2.1.2.- LEY DE 29 DE MARZO DE 1834.	137
2.1.3.- LEY DE VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN DE 1842.	137
2.2.- LA CONSTITUCIÓN DE 1857.	138
2.2.1.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL PORFIRIATO.	139
2.3.- LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917.	140
2.3.1.- TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO CONSTITUCIONAL.	134 140
2.3.2.- EL ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL.	142
2.4.- LA FACULTAD DE CONTRATAR OBRA PÚBLICA EN LAS LEYES SECUNDARIAS DE 1917 A 1966.	143
2.4.1.- LEY DEL 13 DE ABRIL DE 1917.	144
2.4.2.- LEY ORGÁNICA DE SECRETARÍAS DE ESTADO DEL 25 DE DICIEMBRE DE 1917.	144
2.4.3.- LEY DE SECRETARÍAS DE ESTADO, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, Y DEMÁS DEPENDENCIAS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DE 1934.	144
2.4.4.- LEY ORGÁNICA DEL DEPARTAMENTO DE CONTRALORÍA DE LA FEDERACIÓN DE 1926.	145
2.4.5.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1935.	146

2.4.6.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1939.	146
2.4.7.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1946.	146
2.4.8.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1958.	147
2.5.- OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE REGULARON EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA HASTA ANTES DE LA PRIMERA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.	148
2.5.1.- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN DE 1928.	148
2.5.2.- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN DE 1935.	148
2.5.3.- LEYES DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA LOS AÑOS DE 1935 Y 1936.	149
2.5.4.- LEYES DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN CORRESPONDIENTES A LOS AÑOS DE 1964 Y 1965.	150
2.6.- LA LEY DEL SERVICIO DE INSPECCIÓN FISCAL DE 1936.	150
2.7.- ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE REGULARON LA OBRA PÚBLICA EJECUTADA POR ENTIDADES PARAESTATALES.	153
2.7.1.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1947.	153
2.7.2.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1966.	154
2.7.3.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1970.	155
2.8.- LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS DE 1965.	155
2.8.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS DE 1967.	160
2.8.2.- BASES Y NORMAS PARA LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, APLICABLES A TODOS LOS PROYECTOS Y OBRAS QUE REALICEN LAS DEPENDENCIAS A QUE SE REFIERE LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS DE 1970.	163
2.9.- LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1980.	171
2.9.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1981.	184
2.9.2.- REGLAS GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS PARA LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DE 1982.	192
2.10.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 134 DE 1982.	204

2.12.1.9.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1996.	233
2.12.1.10.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 7 DE ABRIL DE 1997.	234
2.12.1.11.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 7 DE JULIO DE 1997.	235
2.13.- LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS DE 2000.	236
2.13.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS DE 2001.	237
2.14.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS.	239
2.15.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN EL PODER LEGISLATIVO FEDERAL.	241
2.16.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.	242

CAPÍTULO TERCERO

LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL ACUERDO DE VOLUNTADES EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	249
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

3.1.- EL PROCESO DE CONTRATACIÓN.	249
3.2.- PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS.	251
3.2.1.- EL SISTEMA DE LIBRE ELECCIÓN.	251
3.2.2.- LOS SISTEMAS DE COMPETENCIA O RESTRICCIÓN.	253
3.2.2.1.- EL CONCEPTO DE LICITACIÓN PÚBLICA.	255
3.2.2.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.	258
3.2.2.3.- FINES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.	259
3.2.2.4.- PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.	261
3.2.2.4.1.- CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.	263
3.2.2.4.2.- TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (IGUALDAD).	265
3.2.2.4.3.- PUBLICIDAD.	272
3.2.2.4.4.- OTROS PRINCIPIOS APLICABLES A ESTE PROCEDIMIENTO.	274
3.2.3.- FASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.	278
3.2.3.1.- AUTORIZACIÓN PRESUPUESTARIA.	279
3.2.3.2.- PLIEGO DE CONDICIONES O BASES DE LICITACIÓN.	291
3.2.3.3.- LLAMADO A LA LICITACIÓN O PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA.	318

2.11.- LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO, POSTERIORES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1982 Y 1983.	207
2.11.1.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1982.	207
2.11.2.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1983.	208
2.11.3.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1984.	210
2.11.4.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1985.	210
2.11.5.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1986.	210
2.11.6.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1985.	211
2.11.7.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1988.	214
2.11.8.- REFORMA AL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1990.	216
2.11.9.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1991.	218
2.12.- LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS DE 1993.	220
2.12.1.- OFICIOS CIRCULARES EMITIDOS PARA REGLAMENTAR LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS.	227
2.12.1.1.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 17 DE ENERO DE 1994.	228
2.12.1.2.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 8 DE ABRIL DE 1994.	229
2.12.1.3.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 30 DE MAYO DE 1994.	230
2.12.1.4.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 14 DE AGOSTO DE 1995.	230
2.12.1.5.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1995.	231
2.12.1.6.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 22 DE ENERO DE 1996.	232
2.12.1.7.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS DEL 12 DE MARZO DE 1996.	232
2.12.1.8.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 1996.	233

3.2.3.4.- LA PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS U OFERTAS.	322
3.2.3.5.- ACTO DE PRESENTACIÓN, APERTURA Y EVALUACIÓN DE LAS PROPOSICIONES U OFERTAS	337
3.2.3.6.- ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.	350
3.2.3.7.- PERFECCIONAMIENTO O FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.	362
3.2.3.8.- LAS GARANTÍAS EN LA LICITACIÓN.	364
3.2.3.9.- LA LICITACIÓN FRUSTRADA	365
3.2.3.10.- LOS VICIOS EN LA LICITACIÓN.	368
3.2.3.11.- RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LICITACIÓN.	372
3.2.3.12.- BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE LA LICITACIÓN.	378
3.2.4.- INFLUENCIA DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN.	381
3.2.5.- LICITACIÓN PRIVADA.	388
3.2.6.- LICITACIÓN RESTRINGIDA.	391
3.2.7.- CONTRATACIÓN DIRECTA.	392
3.2.8.- LA SUBASTA PÚBLICA.	395
3.2.8.- EL CONCURSO.	397
CAPÍTULO CUARTO	
EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	399
4.1.- CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA.	399
4.2.- CLASIFICACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.	405
4.3.- LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.	407
4.3.1.- LA OBRA PÚBLICA MEDIANTE CONTRATO.	408
4.3.2.- LA OBRA PÚBLICA POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA.	408
4.3.3.- LA OBRA PÚBLICA CON RECURSOS EXTRAPRESUPUESTALES.	412
4.3.4.- LA CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.	423
4.3.5.- EL COMODATO Y LA OBRA PÚBLICA.	424
4.4.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	425
4.5.- LA CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	428
4.6.- MODALIDADES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	436
4.6.1.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS.	436
4.6.2.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIO ALZADO.	440
4.6.3.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA MIXTO.	446
4.6.4.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR ADMINISTRACIÓN O A COSTE Y COSTAS.	447
4.6.5.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.	452
4.7.- LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	454
4.7.1.- LA PLANEACIÓN.	454
4.7.2.- LA PROGRAMACIÓN.	455

4.7.3.- LA PRESUPUESTACIÓN.	456
4.8.- LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA (DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE OBRA PÚBLICA).	457
4.8.1.- ELEMENTOS Y REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	459
4.8.1.1.- ELEMENTOS ESENCIALES.	461
4.8.1.2.- REQUISITOS INDISPENSABLES.	464
4.8.2.- LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	471
4.8.2.1.- LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.	473
4.8.2.2.- LA GARANTÍA DE BUEN USO DEL ANTICIPO.	475
4.8.2.3.- LA GARANTÍA DE VICIOS OCULTOS PARA EL CASO DE SANEAMIENTO.	476
4.8.3.- LOS TIPOS DE GARANTÍA	479
4.8.3.1.- LA FIANZA.	479
4.8.3.2.- LA CARTA DE CRÉDITO IRREVOCABLE.	481
4.8.3.3.- EL FIDEICOMISO.	482
4.8.4.- EL CLAUSULADO O ESTIPULACIONES MÍNIMAS INDISPENSABLES EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.	482
4.9.- LA EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA OBRA PÚBLICA.	485
4.9.1.- EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESIDENCIA DE OBRA Y DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE CONSTRUCCIÓN.	487
4.9.2.- EL INICIO DE LOS TRABAJOS, EL PROGRAMA DE EJECUCIÓN, LA CONTINUIDAD DE LOS TRABAJOS Y EL PLAZO DE EJECUCIÓN.	495
4.9.3.- LA SUPERVISIÓN DE LOS TRABAJOS, EL ACOPIO Y LA BITÁCORA DE OBRA.	501
4.9.4.- LAS ESTIMACIONES Y EL PAGO DE INTERESES.	508
4.9.5.- MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA A TRAVÉS DEL AJUSTE O VARIACIÓN DE LOS COSTOS.	516
4.9.6.- LA MUTABILIDAD DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS, LAS DIFICULTADES MATERIALES IMPREVISTAS Y LOS GASTOS IMPRODUCTIVOS.	522
4.9.7.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	533
4.9.8.- LA SUSPENSIÓN DE LOS TRABAJOS.	534
4.9.9.- PROHIBICIÓN DE TRANSFERENCIA DE DERECHOS EN EL CONTRATO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, LA CESIÓN Y LA SUBCONTRATACIÓN.	539
4.9.10.- EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LA APLICACIÓN DE LAS PENAS CONVENCIONALES POR ATRASO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	543
4.10.- FORMA NORMAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.	547

4.10.1.- LA TERMINACIÓN DE LOS TRABAJOS, EL AVISO DE TERMINACIÓN DE LA OBRA, LA VERIFICACIÓN, LA RECEPCIÓN FÍSICA, EL FINIQUITO DE LOS TRABAJOS Y EL ACTA ADMINISTRATIVA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO.	549
4.11.- TERMINACIÓN ANORMAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES.	554
4.11.1.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESCISIÓN.	555
4.11.2.- LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR CAUSA DE INTERÉS PÚBLICO, POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA, POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, O EL HECHO DEL PRÍNCIPE Y EL PACTO COMISORIO.	573
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	577
I.- CONCLUSIONES	577
II.- PROPUESTAS	602
BIBLIOGRAFÍA	613

INTRODUCCIÓN

El contrato de obra pública es de muy frecuente uso no sólo entre las dependencias y entidades que conforman a las administraciones públicas federal, locales, y municipales, sino que también es celebrado por otros organismos públicos como la Auditoría Superior de la Federación, el Banco de México y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y el Congreso de la Unión, esto es, se trata se un contrato de uso muy frecuente en todo el sector público, a través de cual se ejerce parte importante del presupuesto de inversión gubernamental.

El tratamiento que se da a dicho contrato no siempre es el mismo, especialmente en el ámbito judicial, en ocasiones los problemas de interpretación y cumplimiento del mismo, atinadamente son analizados por órganos jurisdiccionales de naturaleza contencioso administrativa, otros especializados en materia administrativa y otros más en materia civil, asimismo, en la práctica administrativa, los problemas de ellos derivados, en muchas ocasiones son analizados y resueltos con una clara visión civilista del derecho y en pocas ocasiones atendiendo a la naturaleza administrativa de estos instrumentos jurídicos, aunque en muchos casos no se conozcan a fondo su naturaleza y principios jurídicos que los regulan determinado cual debe ser ese el tratamiento que ha de darse a estos contratos.

Teniendo presente todo lo anterior, es que se determinó seleccionar el tema del contrato de obra pública. Así las cosas, mi mayor preocupación fue conocer a fondo su naturaleza jurídica y los principios jurídicos que derivados de la misma le son aplicables, es por ello que el primer capítulo de este trabajo lo dediqué al conocimiento de la figura del contrato administrativo, para lo cual fue necesario conocer a detalle la institución del contrato como figura jurídica universal. Acto seguido se procedió al análisis de las teorías dogmáticas que se han estructurado para determinar y sustentar la existencia del contrato administrativo, así como también de las posturas que sistemáticamente han negado su existencia, hasta llegar a la conclusión de que el contrato administrativo es una figura jurídica que se ha independizado de su tronco común, que es el contrato civil, para tener una vida propia y autónoma.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Una vez determinada la existencia del contrato administrativo como entidad jurídica distinta de la del Derecho Civil, resultaba por demás trascendente conocer las características que determinan su naturaleza jurídica, como lo son la juridicidad, la bilateralidad, la desigualdad de las partes, la restricción en la libertad de las mismas, la preponderancia que en ellos tiene el interés público y la existencia de un régimen especial al que se hayan sujetos; así como los principios jurídicos que lo rigen, entre los que destacan el principio de legalidad, el de continuidad, el de dirección y control, el de mutabilidad, el de mantenimiento de la ecuación económico-financiera y la facultad sancionadora. Por último resultaba fundamental analizar la forma de extinción de estos acuerdos de voluntades, especialmente en los casos de incumplimiento del contrato, ya que desde el punto de vista jurídico resultan innumerables las disidencias de criterio existentes acerca de cual debe ser el procedimiento jurídico a seguir y las acciones que han de ejercerse en cada caso, por lo que fue necesario distinguir entre lo que la doctrina jurídica ha denominado modos normales y anormales de extinción de estos contratos, abarcando todas las formas doctrinalmente propuestas.

Investigar todo lo anterior resultó complejo, debido a que en la bibliografía nacional existen pocas obras dedicadas especialmente al desarrollo de dicho tema, por lo que fue necesario acudir a la búsqueda y estudio de obras escritas por tratadistas de habla hispana, siendo las obras de autores españoles y argentinos en las que se encontró mayor información. Todo lo anterior, permitió adquirir una noción general y particular del contrato administrativo que estableció las bases doctrinales para efectuar un análisis detallado del objeto de estudio seleccionado.

El segundo capítulo, está dedicado al análisis de la regulación jurídica que este contrato ha tenido en nuestro país a partir de la Constitución de 1857 y hasta la fecha. De la revisión del texto de dicha norma se estableció que en la citada Carta Magna, no existió ninguna regulación del contrato de obra pública, en buena medida porque ella fue omisa en la regulación de los contratos administrativos en general y consecuentemente del contrato de obra pública en lo particular, ya que si bien existieron muchas leyes que trataron el tema, éstas lo hicieron desde el punto de vista competencial y no sustantivo, es decir, no existieron normas que regularan en especial al contrato de obra pública en esa época.

Con la Constitución de 1917, y tal vez como una respuesta histórica a los abusos cometidos durante el porfirismo, en nuestro país se inició la regulación específica del contrato de obra pública, ya que dicha norma dedicó un artículo especialmente para ello, sin embargo, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX, que el poder legislativo emitió normas específicas que regularan los principios establecidos en el artículo 134 constitucional. Sin embargo, dicha legislación tendría que recorrer un largo camino para llegar al punto en que ahora se encuentra, ya que en realidad en sus inicios resultó confusa y omisa en muchos aspectos esenciales del contrato de obra pública, dejando, desde entonces, al inconstitucional uso de la facultad reglamentaria otorgada a las secretarías de estado, la solución y definición de las características esenciales y principios rectores a normas reglamentarias emitidas violando la forma y términos en que se encuentra estructurada la facultad reglamentaria prevista en la fracción I, del artículo 89 constitucional. Así aconteció durante la vigencia de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Al principio, cuando se emitió y publicó la Ley de Obras Públicas, de la simple lectura de su primer artículo, se preveían grandes cambios, ya que vislumbraba avances importantes como estructurar la celebración del contrato de obra pública con base en las etapas del proceso administrativo público, pero en realidad los avances no fueron tantos y parecía que en esencia la normatividad en la materia sólo evolucionaría lentamente, y así sucedió, fue hasta después de una larga etapa, que incluyó una reforma constitucional, siete reformas legislativas, dos reglamentos, y la emisión de unas normas complementarias (inconstitucionales), la citada Ley de Obras Públicas, y las normas que de ella derivaron eran un sistema que regulaba en forma más o menos completa al contrato de obra pública, pero en realidad, aún había aspectos que requerían claridad conceptual y normativa, especialmente en lo atinente a los procedimientos de contratación y algunos principios rectores del contrato, lo cual demostraba que después de catorce años de vigencia y múltiples reformas legales, aún se requería de modificaciones de importancia en la normatividad.

En 1994, surgió un proceso codificador de las normas reguladoras de los contratos administrativos sistematizados específicamente hasta ese entonces, se emitió y publicó en el

Diario Oficial de la Federación la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Si bien su nomenclatura no fue satisfactoria y atinada desde el punto de vista jurídico, sí representó un avance en materia de los procedimientos de contratación de obra pública, aunque con algunos retrocesos, debido a que previamente, con motivo de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la ley anterior suprimió de su contenido la existencia del padrón de contratistas, tendencia con la que continuó esta ley, la cual omitió regular la existencia de un registro o padrón de contratistas haciendo que la primera fase del procedimiento de contratación, esto es, la substanciación de las licitaciones, se tornara demasiado lenta y tediosa, debido a que durante la primera etapa del acto de presentación y apertura de las proposiciones, era indispensable, como lo sigue siendo ahora, acreditar la idoneidad de las personas participantes en dichos procesos de contratación, mediante la presentación de múltiples documentos y constancias legales que se obviarían con la existencia de un registro o padrón de contratistas.

En general, la regulación del contrato de obra pública mejoró un poco con la nueva ley, misma que en algunos casos enunció la posibilidad de resolver problemas cotidianos surgidos con motivo de la ejecución del contrato de referencia como los gastos improductivos, sin embargo, el esfuerzo normativo no cristalizó, ya que el poder ejecutivo nunca emitió, lo que la norma en sus artículos transitorios denominó manuales de procedimientos y esto dio lugar a que las autoridades administrativas omitieran aceptar dichas hipótesis normativas ya contenidas en la ley, ya que según ellos implicaban contradicciones o excepciones a los principios contenidos en la misma. Dicha omisión, sumada a las innovaciones que contenía la norma, más temprano que tarde, dieron lugar a la época de mayor caos normativo en la materia, ya que durante esa etapa el contrato de obra pública estuvo regido además de la ley en comento, por once oficios circulares, que en realidad resultaron ser un uso inconstitucional de la facultad reglamentaria por parte de algunas dependencias, además del reglamento de la ley anterior.

Por último, el 4 enero de 2000, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la misma, la cual inició su vigencia sesenta días después de la fecha de su publicación. Un año y ocho meses después, el 20 de

agosto de 2001, fue publicado el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la misma, el cual entró en vigor treinta días más tarde. La virtud de estas normas fue expresar un mayor conocimiento jurídico de la materia, recolectar experiencias de las normas anteriores, en especial unificar toda la reglamentación que se había dado durante la vigencia de la anterior ley. Así, por primera vez, se evitó delegar la emisión de normas reglamentarias inconstitucionalmente emitidas por dependencias del ejecutivo federal, cuyo fin era la regulación de aspectos esenciales y fundamentales del contrato de obra pública. Sin embargo, era difícil que la ley de mérito evitara el error y al igual que su antecesora, delegó el inconstitucional uso de la facultad reglamentaria en los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades paraestatales para que emitieran las llamadas Políticas, Bases y Lineamientos en materia de obra pública, regulando aspectos que debieron estar contenidos, en el reglamento de la ley o en manuales de organización o de procedimientos, de los entes estatales en ejercicio de la función administrativa. Ambas normas son motivo de análisis minucioso en los capítulos tercero y cuarto de este trabajo.

Pero el análisis de la normatividad aplicable al contrato de obra pública no termina ahí, también se hace un somero examen de las normas que lo regulan en los organismos con autonomía constitucional como el Banco de México, que resulta ser una solución adecuada, claro está, también se incluye el estudio de la regulación que tiene este contrato en otros poderes, esto es, en el poder legislativo y el judicial, encontrando en este último una serie de normas que lo regulan, emitidas de 1996 a la fecha, algunas por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y otras por el Consejo de la Judicatura Federal, pero salvo esta excepción, en general existe la tendencia de ajustarse a las normas ya citadas, emitiendo acuerdos que tienden a establecer su plena aplicación en cada caso, evitando la injerencia de un poder con otro, o menoscabar la autonomía constitucional de los otros, siendo sin duda el ejemplo más acabado el del Banco de México. Lo que obliga a reflexionar a cerca de la naturaleza de las normas que regulan al contrato de obra pública.

El tercer capítulo está dedicado al análisis de los procedimientos administrativos de contratación debido a que mediante la substanciación de ellos se conforma el acuerdo de voluntades que da vida a los contratos administrativos en general y al contrato de obra

pública en lo particular. Al tratar este tema resulta indispensable el estudio de los sistemas existentes y las opiniones doctrinarias, los principios jurídicos que rigen a la licitación pública como procedimiento de contratación por excelencia utilizado por el Estado para los contratos de obra pública, en lo cual se incluyeron todas las opiniones doctrinarias posibles y algunas propuestas de inclusión de algunos principios, de tratadistas nacionales y extranjeros, a efecto de formar una opinión sólida al respecto.

En seguida resulta indispensable iniciar el estudio detallado de la licitación pública, no sin analizar las etapas del proceso administrativo público que legal y lógicamente es necesario substanciar antes de poder iniciar una licitación pública, estos es, la planeación, la programación y presupuestación de la obra pública, que sencillamente implica sujetar la ejecución de las obras públicas al sistema de planeación democrática establecido en el capítulo económico de la Constitución, lo que prohíbe la improvisación e invención en el establecimiento de metas, todo lo cual está íntimamente ligado a la autorización presupuestal necesaria para iniciar cualquier procedimiento de contratación.

En cuanto a la licitación propiamente dicha, el análisis abarca desde la formulación de las bases de la licitación o pliego de requisitos, el llamado a la licitación o publicación de la convocatoria, la preparación y presentación de las proposiciones, propuestas u ofertas, el acto de presentación, apertura y evaluación de las mismas, la adjudicación del contrato, y el perfeccionamiento o formalización del contrato, así como las garantías que usualmente es necesario otorgar para responder de la seriedad de las ofertas presentadas. Dado que no existen licitaciones perfectas o dicho de otro modo no siempre se logra el fin deseado, también son analizados los supuestos de frustración de la licitación, lo que igualmente obliga a analizar los posibles vicios de que pueden adolecer estos procedimientos y los efectos que los mismos pueden ocasionar. Por supuesto que en todo esto no podía obviarse el estudio de los medios de defensa que son concedidos al particular para proteger sus derechos, lo cual implicó analizar las teorías de los actos separables y coaligados.

Para finalizar el capítulo también se realizó un análisis de otros procedimientos de contratación de las obras públicas y en general de los contratos administrativos como lo son

las licitaciones privadas y las restringidas, la contratación directa, la subasta pública y el concurso. Todo no sin antes realizar un examen de la forma en que los tratados internacionales han influenciado a la licitación pública.

El cuarto y último capítulo está dedicado al estudio del contrato de obra pública, y para ello se realizaron disertaciones acerca del concepto de obra pública, la clasificación de la misma, y sus formas de gestión, como lo son el contrato, la administración directa, la utilización de recursos extrapresupuestales, la concesión y el comodato. Acto seguido, se analizó el concepto de contrato de obra pública y con base en las características generales del contrato administrativo y en especial del de obra pública, se propone una definición del mismo, se estudiaron las diversas modalidades del contrato de obra pública, tales como el precio unitario, el de precio alzado, el mixto, el de coste y costas, y la concesión de obra pública. Antes de analizar al contrato en sí mismo, me detuve para hacer un breve recuento de las etapas del proceso administrativo público, que han de cumplirse antes de la celebración de un contrato de obra pública, entre esas etapas están los procedimientos administrativos inherentes a la determinación de su forma de gestión, esto es, el tipo de contrato que en cada caso resulta más conveniente celebrar.

En cuanto al contrato como tal, se realizó un somero análisis de los elementos y requisitos esenciales, y de las garantías que deben otorgarse con motivo de su celebración y cumplimiento, entre las que se encuentran las de cumplimiento del contrato, la de buen uso del anticipo, y la de vicios ocultos en caso de requerirse el saneamiento, no sin antes observarse que en nuestra legislación no se prevé nada respecto de la ruina de la obra; igualmente, se analizaron los distintos tipos de garantías que pueden otorgarse, y las que específicamente regula la normatividad, siendo estas la fianza, la carta irrevocable de crédito y el fideicomiso. Posteriormente, se analizó cual es el contenido que la normatividad exige como mínimo para los contratos de obra pública y cual es la naturaleza jurídica de cada uno de esos elementos para establecer el apartado en que han de incluirse, esto es, si se trata de declaraciones o cláusulas, además de señalar cuales podrían ser algunos faltantes.

A continuación se estudiaron las últimas etapas del proceso administrativo público, esto es, de la ejecución y el control de estos contratos, para ello se analizaron los procedimientos y actos a realizar como lo son la forma y términos en que debe establecerse la oficina de campo, a través de la cual el Estado realiza el control de la ejecución de las obras públicas, la cual es denominada residencia de obra, por lo que se hizo una revisión de las obligaciones que la norma atribuye al responsable de la misma, igualmente se examinó la obligación de la contratista de establecer, previo al inicio de las obras, la superintendencias de construcción, los requisitos que deben cumplir las personas que ocupen esta responsabilidad, además de la supervisión externa de las obras y el rol, que en tal caso, realiza la residencia de obras, señalándose como deducción lógica, que a falta de la supervisión externa, las obligaciones establecidas para ésta deberán ser asumidas por la residencia de obras.

Después de cumplidas dichas formalidades, debe darse el inicio de los trabajos, pero ello implica el cumplimiento de diversas obligaciones, tanto de los órganos del Estado como de los contratistas, entre ellas destaca el replanteo, mismo que en nuestro país no es normado en toda su amplitud; además de lo anterior se analizó como en algunos casos el contratista queda obligado a la presentación de un programa definitivo de ejecución de los trabajos, examinándose las ventajas y desventajas de esto, al igual que la importancia y trascendencia que en este contrato tiene el plazo de ejecución especialmente por lo que hace a la vigencia del contrato.

Considerando la dinámica e inmediatez de las relaciones entre el residente de obra, el supervisor externo y el superintendente de construcción, se analizó la importancia que en todo ello tiene la bitácora de obra, destacándose la naturaleza jurídica de las órdenes que por ese medio emite el Estado a los contratistas, así como sus alcances y límites. En el mismo sentido, se estudió el alcance y efectos que tiene en la relación jurídica el acopio de los materiales y demás insumos necesarios para realizar la obra, entre los que destacan la mano de obra, la maquinaria y el equipo de construcción. Con la misma finalidad y dada su importancia se analizó la naturaleza de las estimaciones o certificaciones de obra, los tipos que reconoce la doctrina y la legislación vigente; así como, el pago de intereses a que obliga

la norma en los casos de pagos en exceso y atraso en los mismos, además de los distintos tipos de documentos que pueden identificarse entre ellas.

Otro aspecto trascendente de este estudio consistió en determinar la forma y términos en que son regulados en la normatividad mexicana los principios rectores del contrato administrativo, entre ellos el de continuidad en la ejecución de los contratos, la dirección y control de las obras públicas, que ya fueron enunciados, pero también están otros tan importantes o trascendentes como los primeros, como es el caso del mantenimiento de la ecuación económico financiera, en su vertiente de ajuste de costos, las suspensiones de las obras por causa de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho del príncipe; la regulación que tiene la mutabilidad de los contratos de obra pública, y las causas que los generan como son las dificultades materiales imprevistas, y el pago de los gastos improductivos. Otro aspecto analizado fue la facultad o prerrogativa de interpretación que el Estado tiene de estos contratos para efectos de su cumplimiento.

Igualmente las normas contienen la regulación de otras figuras jurídicas, que son trascendentes en este tipo de contratos, como lo son la ya citada facultad de suspender en forma total o parcial, temporal o definitiva la ejecución de los trabajos y los efectos que ello tiene en el contrato, dependiendo del tipo de suspensión que en cada caso sea decretada, así como los derechos de indemnización que la doctrina y las normas reconocen en favor de los contratistas; la prohibición de transferencia de derechos para el contratista, con las excepciones de la cesión de pagos y la subcontratación en los casos en que así está regulado y previsto en los pliegos de requisitos o bases de la licitación. Además se analizó la potestad sancionadora, la cual resulta por demás trascendente en estos contratos, ya que su existencia ha implicado, cuando menos en el plano doctrinario el desplazamiento de la cláusula penal, sin que ello implique la improcedencia de su pacto, pero sí debe obligar a su clara diferenciación y distinto tratamiento jurídico, especialmente en la práctica de hacer efectivas las fianzas de garantía, ya que actualmente se sujetan a procedimiento, sobre la base de que se trata de sanciones que nacen de la cláusula penal.

La última parte de este capítulo está dedicada a analizar la terminación de los contratos de obra pública, en una primera fase como un resultado normal de su cumplimiento, lo cual no es obstáculo para que se regule a detalle todo lo relativo al aviso que debe dar el contratista para informar del cumplimiento de sus obligaciones; así como que el Estado debe realizar la verificación del hecho, constatación que ha de constar por escrito, la recepción provisional y definitiva de los trabajos, la garantía contra vicios ocultos, la omisión de normar el caso de ruina de la obra, como lo hacen otras legislaciones y, finalmente, el levantamiento del acta administrativa de extinción del contrato.

Ya para finalizar con este estudio, resultaba indispensable analizar los procedimientos jurídicos establecidos en la legislación nacional para el caso de frustración del contrato o no terminación de las obras, a los cuales la doctrina jurídica ha denominado como formas anormales de terminación de los contratos de obra pública. Los múltiples supuestos de frustración del contrato la legislación vigente los ha encauzado bajo los procedimientos administrativos de rescisión de contrato y de terminación anticipada del contrato.

El primero de ellos, resulta del incumplimiento de alguna de las partes, cuando es el contratista quien incumple sus obligaciones el procedimiento de rescisión de contrato es substanciado en sede administrativa, independientemente de que las decisiones de los órganos del Estado, posteriormente sean revisadas por el poder judicial. Cuando es el órgano estatal contratante quien incumple con sus obligaciones contractuales, el contratista puede solicitar la rescisión del contrato en sede administrativa, sin embargo, en caso de negativa el particular contratista ha de acudir ante el poder judicial para obtener la declaración correspondiente.

El segundo procedimiento es el de terminación anticipada del contrato, mismo que la norma señala puede estar motivado por razones de interés público, desaparición del objeto del contrato, razones de oportunidad, mérito o conveniencia, e incluso cuando existan causas de invalidez del contrato, caso fortuito o fuerza mayor, o el hecho del príncipe, estableciéndose que cuando sea el Estado quien lo inicie este procederá y el contratista tendrá derecho a una indemnización que la norma identifica como gastos no recuperables. Cuando es el particular

contratista quien solicita la terminación anticipada del contrato, deberá probar la causa que lo motive y el Estado tiene la facultad de acceder a la petición o no. En este último supuesto el contratista ha de acudir a sede judicial para obtener la declaración respectiva. La norma prohíbe la terminación anticipada de los contratos por simple acuerdo entre las partes.

CAPÍTULO PRIMERO

LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO, LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SU METODOLOGÍA DE INTERPRETACIÓN Y FORMAS DE EXTINCIÓN.

1.1.- LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO COMO ENTE GENÉRICO.

1.1.1.- LA INSTITUCIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO.

Los acuerdos de voluntades entre los seres humanos, seguramente se remontan al origen mismo del hombre, ya que la naturaleza de éste, le ha marcado la necesidad de vivir en sociedad y en ese sentido ¿cómo entender la convivencia humana sin previos acuerdos tácitos y expresos entre los integrantes del mismo clan o tribu e incluso entre clanes o tribus? Más aún, resulta inexplicable la existencia de sociedades humanas en las que no existan acuerdos de cualquier naturaleza entre sus miembros, ya que sólo de este modo, los seres humanos resolvemos nuestra incapacidad para ser autosuficientes y lograr la colaboración y el apoyo de nuestros semejantes, como un intercambio permanente y recíproco de bienes y servicios. Para el derecho este intercambio sólo resulta entendible a través de la institución de la obligación, por lo que el desarrollo y perfeccionamiento de ésta resulta directamente proporcional al avance de la civilización.

En este orden de ideas, sin lugar a dudas el punto partida para el análisis de la obligación como institución jurídica cuya definición en nuestros días según Rojina Villegas¹, "es la relación jurídica por virtud de la cual una persona llamada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona llamada acreedor", sus orígenes los encontramos en el derecho romano, mismo que según Justiniano en sus Instituciones fue definida como: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*",² (obligación es el vínculo jurídico que nos constriñe en la

¹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo III Teoría General de las Obligaciones, 22ª Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1999. Pág. 3

² Ibidem.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

necesidad de pagar alguna cosa conforme a las leyes de nuestra ciudad), sin embargo, debemos tener presente que este es, sin duda, el primer antecedente escrito, pero que el mundo antiguo conoció esta institución aún antes del surgimiento de Roma, pero que a esta civilización sí le es atribuible el desarrollo de una doctrina respecto de la obligación.

Las primeras manifestaciones del contrato según lo expone Fernández Ruiz³, las encontramos en: el *nexum* (la venta de sí mismo como garantía de una obligación, que después evolucionó hasta determinar que la garantía lo fuese el patrimonio del deudor); la *stipulatio* (promesa estipulada en forma verbal, en la que una pregunta formal era precedida de una respuesta congruente en presencia de las partes); la *mancipatio* (compraventa real que implicó la transmisión de la propiedad a cambio del pago de un precio en presencia de testigos, bajo ciertas formalidades indispensables); y la *traditio* (forma de transmisión de la propiedad de una cosa por cierta causa).

En sus inicios el derecho romano negó efectos jurídicos a los pactos, debido a que éstos carecían de formalidades, las que en esos tiempos, eran las que determinantes de la validez de las obligaciones, por ello, sólo fueron reconocidas las obligaciones originadas de los contratos, ya que estos cumplían con las exigencias del formalismo imperante en esa época, que según el autor Ramírez Gómez⁴, puede afirmarse que respecto del contrato los romanos no elaboraron una teoría tan acabada como la de las obligaciones debido a que distinguieron entre contrato, pacto o convención, aún así, en las distintas etapas y épocas del derecho romano, encontramos clasificaciones de contratos tales como: reales nominados e innominados, verbales, literales y consensuales, como verbigracia de estos pueden mencionarse:

Contratos Reales Nominados.- El mutuo, el comodato, el depósito, la prenda y la enfiteusis (especie de arrendamiento de tierras de cultivo a largo plazo, teniendo como contraprestación un pago de monto mucho menor al habitual);

³ Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, 1ª Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2000. Págs 4 a 7.

⁴ Ramírez Gómez, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Monografías Jurídicas 2ª Serie, 1ª Ed., Colombia, Editorial Temis, 1990. Pág. 8.

Contratos Reales Innominados.- Estos podían identificarse bajo las siguientes fórmulas: dar para recibir, dar para que se haga, hacer para que se de y hacer para que se haga, mismos que hoy día reconoce el Código Civil Federal;

Los Contratos Verbales.- Se distinguieron por el uso de ciertas palabras solemnes y se identifican como la *promissio iurata* (Promesa jurada por la que el liberto se obliga a prestar determinados servicios al patrón), la *doctis dictio* (promesa de dote que podía consistir en todo tipo de bienes, propiedades, derechos reales y créditos, existiendo algunas subclases de este contrato), la *vadiatura* (contrato de garantía consistente en prometer el hecho de un tercero) y la *praeditura* (contrato de garantía mediante el gravamen de fundos o empeñándose personalmente para garantizar el hecho ajeno).

Contrato Literal.- Por excelencia fue el *nomen transcripticium* o *transcripticium nominum* (fue una forma de novación de las obligaciones preexistentes que no requirió de la presencia de las partes) con las modalidades de *transcriptio a re in personam* (forma de transformar una obligación con causa específica por otra literal) y la *transcriptio a persona in personam* (contrato por el que se sustituye un deudor por otro).

Contratos *Syngraphae*.- (mutuo pecuniario redactado en doble original) y los *chirographa* (forma de hacer constar un reconocimiento de deuda u obligación redactado en un original para el acreedor).

Contratos Consensuales.- encontramos al *emptio venditio* (compraventa), *locatio conductio* (arrendamiento), *societas* (de Sociedad) y *mandatum* (el mandato).

A la caída del imperio romano consumada por pueblos bárbaros como los Unos, los Germanos, los Godos, Visigodos, Ostrogodos etc. surgió un nuevo derecho que predominó en la llamada Edad Media, que no fue sino la amalgama entre las instituciones romanas y las costumbres de dichos pueblos, con una evidente predominancia del primero sobre los segundos en toda Europa.

Un ejemplo de esto, lo constituye la evolución que tuvo el contrato en el derecho español⁵ que fue normado por el *Forum Judicum*, el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Sentenario, el Espéculo, Las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, y en la edad

⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 17 a 20.

moderna el Ordenamiento de Montalvo, también conocido como Ordenamiento Real u Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, Código Civil de 1836 y de 1851 o de García Goyena, el de Pablo Gorosabel en 1834, el de José María Fernández de Hoz de 1843, el de Ramón Ortiz de Zárate de 1852 y de José Sánchez de Molina Blanco de 1871, sin embargo por exceder los alcances de este estudio no me referiré a ninguno de ellos específicamente, no sin antes señalar que fue hasta la transición del siglo XVIII al XIX cuando se superaron los rígidos formalismos del contrato del derecho romano.

1.1.2.- ANTECEDENTES MODERNOS.

Sin lugar a dudas para el derecho administrativo y para el hombre en general desde el punto de vista jurídico la Revolución Francesa, fue el hecho más trascendente del milenio que acaba de concluir, ya que gracias a ella existe la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: En ella el derecho administrativo tiene su acta de nacimiento; pero volviendo al tema que nos ocupa, respecto del contrato la aportación de dicho movimiento social fueron las ideas que conformaron la nueva teoría del estado con Rousseau y predecesores, que de algún modo se materializaron en la emisión de la Constitución de 1791, la cual determinó la necesidad de elaborar un código civil, en cuya redacción participaron los más distinguidos juristas franceses de la época hasta llegar a la aprobación y promulgación de 36 leyes distintas que, posteriormente, Napoleón Bonaparte, siendo el primer cónsul vitalicio, el 21 de marzo de 1804 aprobó una ley que reunió en un sólo ordenamiento, a las treinta y seis leyes anteriores a la que denominó "Código Civil de los Franceses", mismo que a instancia del propio Napoleón, posteriormente fue cambiada a "Código de Napoleón", mismo que por su contenido e ideas nuevas, influyó preponderantemente en la formulación de otros ordenamientos análogos en otros países de Europa.

En cuanto a la figura del contrato, con el citado código se produce un cambio en la concepción rígida y formalista predominante del derecho romano⁶, para pasar a otra más flexible, en la que es suficiente la conjunción de dos voluntades para que el pacto, libre y

⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 20 a 22.

autónomamente estipulado, genere las obligaciones recíprocamente acordadas, consagra los principios liberales e individualistas de la época, que postulan la autonomía de la voluntad y la elevación del acuerdo de voluntades a la categoría de ley, en su artículo 1134 el Código de Napoleón⁷, lo define como “una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”

Es decir, adquiere notoriedad y relevancia como principio fundamental del contrato la autonomía de la voluntad de las partes ya que será el cimiento que sostendrá la figura del contrato. Al respecto Rojina Villegas⁸ al enunciar la teoría de Marcel Planiol digna representante de dicha corriente señala “En el Contrato la voluntad de las partes crea la obligación; es ella su fuerza creadora y la que determina, a la vez, su objeto y su extensión; el legislador solamente interviene para sancionar la obra de las partes, concediéndoles una acción, o para vigilarla, estableciendo límites a su libertad, por medio de prohibiciones y nulidades.”

Para Miguel Ángel Berçaitz⁹, las características del contrato moderno esto es, el imperante en el siglo XIX son:

La igualdad y libertad de las partes en su formación, ejecución y disolución.- Contrato es un acuerdo de voluntades entre individuos iguales y libres que previa deliberación pacífica y amable, formulan la ley que ha de regir sus relaciones, respecto del objeto concertado, y que los mismos principios se proyectan en lo relativo a su ejecución y disolución, es decir, se rige por el *mutuus consensus* y *mutuus disensus*).

La inmutabilidad de sus cláusulas.- Lo pactado en libertad ha de cumplirse ineludiblemente, porque ello implica la seguridad jurídica para las partes -*pacta sunt servanda*; la equidad es superada y velada por los actos volitivos por definición libres; la cláusula *rebus sic stantibus* como principio de equidad ante la desproporción de las contraprestaciones queda proscrita; la unión de voluntades es la justicia suprema, aún en los casos de inequidad; la inmutabilidad es ingénita a la buena fe de las partes, la cual debe prevalecer bajo cualquier circunstancia).

⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 20 a 22.

⁸ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Pág. 45.

⁹ Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª Ed. Argentina, Ediciones Depalma. 1980. Págs. 28 a 30.

Sólo surte efectos entre las partes contratantes.- La limitación de sus efectos a quienes lo han celebrado. Las partes, al unir sus voluntades, crean la ley que ha de regir sus relaciones recíprocas, la cual sólo es aplicable a ellos mismos: superior a la voluntad del obligado, sólo la ley y el acuerdo de voluntades es decir "*contractus ex conventione legen accipere dignoscuntur*",-los contratos se reconocen por admitir una ley a través de un acuerdo- para todos los demás –terceros ajenos- el contrato es cosa infundada y extraña a su voluntad y no tiene efectos directos sobre ellos, en el sentido de que no pueden ser obligados al cumplimiento de ninguna obligación en razón de ellos a excepción de una: El respeto a los derechos y obligaciones de las partes contratantes, especialmente los que de él derivan, como la propiedad, por lo que están obligados a respetarlos.

En atención a lo antes dicho, y tomando en consideración las dificultades que hubieron de enfrentarse para darle validez a un contrato, no sólo durante el imperio romano, sino durante la Edad Media, resulta del todo congruente que la concepción del contrato en el siglo XIX, en cuanto a precisión y dinamismo, no fue sino la reacción lógica a la lentitud e ineficacias a que conllevó el excesivo formalismo precedente.

1.1.3.- CONCEPCIÓN MODERNA DEL CONTRATO.

Verdaderamente todos los excesos son malos, y la concepción liberal de los siglos XVIII y XIX, seguida de la revolución industrial, y por supuesto, la libertad de las partes como eje del negocio contractual, despertó conciencias al materializar en pocos años una polarización exacerbada de las condiciones económicas de los integrantes de la sociedad, así, lo que se había previsto como un beneficio y avance social, se tornó en una causal de mayores desigualdades, ya que como lo diría el Maestro Mario de la Cueva¹⁰, -digno representante de la aplicación del materialismo histórico, al análisis del fenómeno estatal-, durante la época del estado liberal, por una parte, estuvieron los con riqueza y con tierra, quienes con beneplácito vieron acrecentados sus bienes de manera incontrolada y exagerada; por la otra, estuvieron los sin riqueza y sin tierra, quienes vivieron y sufrieron la disminución extremada de sus

¹⁰ De la Cueva, Mario, La Idea del Estado, 5ª Ed., México, UNAM-FCE, 1996. Págs. 16 y 119.

medios de subsistencia hasta llegar a la pesadumbre del pauperismo, la miseria, ¿y por que no decirlo?, a la vida infrahumana.

En el siglo XIX, se dieron hechos económico-empresariales, como la aparición del monopolio, medio a través del cual se ofrecen bienes o servicios de manera casi exclusiva, usando para ello de instrumentos jurídico contractuales que denotaron una clara y evidente contradicción frente al principio rector del contrato, la libertad e igualdad de las partes en la generación de acuerdos de voluntades, fue sustituida por lo que Escola ¹¹ denomina "Estado de Necesidad" en el que aquellos que carecen de un bien específico y/o requieren inevitablemente de un servicio, ante la imposibilidad de obtenerlo en otra parte o a otro costo, han de someterse ineludiblemente al tipo o modelo de contrato leonino, impuesto por el vendedor de los bienes o prestador de los servicios, en el que este último tiene todas las prerrogativas a su favor.

Sin lugar a dudas, esta situación significó una alerta roja social, toda vez que cuando menos en apariencia implicó el aniquilamiento del principio con que se estructuró el Código de Napoleón, para el perfeccionamiento de los contratos, ya que los acuerdos de voluntades entre hombres libres e iguales eran sencillamente inexistentes, ya que fueron sustituidos por la imposición de formularios contractuales previamente redactados a favor de una de las partes. generalmente, la que determinaba las condiciones de celebración, ejecución y terminación de los contratos; esta época es lo que históricamente se ha denominado como estado liberal de derecho, en el que una vez procurando el reconocimiento y garantizada la libertad, en el orden económico, el estado fue abstencionista, debido a que dejó circular libremente los bienes y servicios, con lo que tuvo plena vigencia el principio fisiócrata de¹² "Laissez Faire, laissez passer, le monde va de lui méne" (dejad hacer, dejad pasar, el mundo va por sí sólo).

¹¹ Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, SE, Argentina, Ediciones Depalma, 1977. Págs. 16 a 20.

¹² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Compendio de Derecho Administrativo, 2ª Ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1997. Págs. 9 a 11.

Este comportamiento estatal también conocido como estado gendarme, se caracterizó porque desde el aspecto del derecho fue abstencionista, y se auto limitó a lo que consideró sus fines primarios, que hizo consistir en seguridad interna y externa, administración de justicia, y recaudación de tributos. En el plano económico fue totalmente inhibido y se limitó a dejar circular con absoluta libertad bienes y servicios, y se autoadjudicó la función de sólo vigilar para permitir el juego de la libre concurrencia, sin importar que la libertad, pero sobre todo la igualdad entre los cocontratantes, tuviera resultados vergonzosos por cuanto a la equidad y justicia social.

Como una reacción sociológica natural, ya en el siglo XX, surgieron los contratos reglamentados como los de trabajo, ya sea que fueren individuales o colectivos y aún en los más tradicionales los códigos, de principios de esa centena, regularon la existencia de derechos irrenunciables en ciertos contratos. Por lo que, sin lugar a dudas, se dio una mutación conceptual respecto de la figura jurídica contractual adecuando el acuerdo de voluntades a las nuevas circunstancias y necesidades socioeconómicas de la época, misma que se caracterizó por una mayor intervención estatal en la vida de los particulares, a efecto de preservar y cuidar que cayeran en menoscabo los derechos y prerrogativas de los sin tierra y sin riqueza.

A esta etapa cuyo surgimiento se señala como a mitad del siglo XX se le conoce como estado social de derecho¹³, mismo que ya no se autolimita, al cumplimiento de sus obligaciones básicas que son la seguridad interior y exterior, además de la impartición de justicia; se convierte en ente intervencionista, y asume la tarea de llevar a cabo una política económico-social, planificada y socializante y, en consecuencia, debe actuar en favor de los gobernados, especialmente para los sin tierra y sin riqueza, a fin de alcanzar más rápidamente y en forma plena el bien común, incluso a veces en perjuicio de intereses individuales, en virtud de que ahora se trata de satisfacer un interés social o colectivo, que el estado deberá atender en favor de la colectividad.

¹³ Delgadillo Gutiérrez; Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 11 a 13.

Sin que lo anterior implique que las libertades públicas desaparecen, sino que, por el contrario, siguen siendo preocupación de su reconocimiento y protección, pero dejan de ser el centro de atención del ordenamiento jurídico estatal, quien ahora pretende su logro bajo el concepto del bien común, a través de una actividad sometida al derecho que luchar por nivelar las desigualdades socioeconómicas propias de los seres humanos, una de las formas de lograrlo resultó ser normar lo que se consideraron derechos elementales de partes en los contratos para evitar inequidades aun cuando existiera renuncia expresa de éstos.

1.1.4.- TEORÍA SOBRE LA VICISITUD DEL CONTRATO.

la teoría sobre la vicisitud del contrato o crisis del mismo¹⁴, surge como consecuencia de que la intervención estatal, al establecer en los códigos civiles la prohibición de que las partes de un contrato pudieran renunciar a algunos derechos, o bien, establecer que algunas cláusulas no incluidas en los instrumentos jurídicos se tendrían por insertadas en los mismos, a falta de acuerdo expreso entre las partes, ya que puso en duda los conceptos fundamentales sobre los que se creó la concepción jurídica del contrato, como lo son la libertad e igualdad de las partes para emitir su voluntad y crear la ley que los ha de regir.

Como en muchos aspectos jurídicos y humanos, respecto de la existencia de ésta teoría, no existe en este caso una corriente unánime en la doctrina, que determine la casi inexistencia del contrato bajo su concepción original, toda vez que para otros autores, lo que acontece es que simplemente existe inseguridad respecto del predominio de los postulados originales ya enunciados.

La crisis de la institución jurídica del contrato, es atribuible exclusivamente a que en la formación del contrato las partes no concurren en igualdad de circunstancias, ya que una de ellas presenta desventajas socioeconómicas de necesidad imperante, por lo tanto, resulta por lo menos dudosa la libertad, conque ésta ocurre a celebrarlo, ya que mientras una de las partes tiene condiciones de superioridad socioeconómica, la otra prácticamente es forzada a la aceptación de las condiciones predeterminadas, lo que conlleva a pensar ¿si la autonomía

¹⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 107 a 13

de la voluntad se sustenta en principios inexistentes de igualdad y libertad, que es lo que determina la creación de una relación contractual?

Considerando lo anterior, también puede decirse que lo observado es un simple desequilibrio de carácter patrimonial entre quienes emiten su voluntad para formar un contrato y que éste es afectado por aspectos intangibles como lo son la necesidad, la indigencia, la ignorancia, los fraudes y en general todas las hipótesis que puedan darse por la existencia de vicios en el consentimiento, mismas que por el desarrollo tecnológico ahora pueden agravarse debido a la formalización de contratos entre ausentes por el excesivo uso de formularios previamente redactados estableciendo prerrogativas y privilegios para una de las partes en detrimento de los derechos de la otra.

Por otra parte, esto resulta natural por el crecimiento desmesurado que tienen algunas empresas transnacionales como resultado de la globalización económica en que vivimos, que sin duda afecta la vida humana y por ende al derecho. En consecuencia podría afirmarse que existe una metamorfosis jurídica continua que es consecuencia del desarrollo tecnológico y comercial de la humanidad misma.

1.1.5.- DIRIGISMO CONTRACTUAL.

Lo señalado en el punto precedente, llevó en su momento a que se dijera que la solución dada a la crisis de la igualdad y libertad de hecho y de derecho, en lo que hace a la formación de todo acuerdo de voluntades resultaba ser un dirigismo contractual o dicho de otro modo la intervención excesiva del estado en la formación de los contratos.

Esta intervención del estado como ya lo enunciamos líneas arriba, no fue otra que la reglamentación de los diferentes contratos en los códigos civiles, señalando los elementos esenciales y de validez, los derechos que resultan irrenunciables para las partes, las cláusulas prohibidas que se tendrán por no puestas debido a que su contenido afecta los derechos esenciales e irrenunciables de alguna de las partes e incluso las que se tendrán

por puestas o insertadas en el contrato por mandato de la norma jurídica cuando las partes no lo hicieren de forma expresa.

El propósito general, de este denominado dirigismo contractual, tiene como finalidad preservar la autonomía de las partes, pero no sólo eso, sino que su finalidad última es proteger a los sin tierra y sin riqueza de aquellos con tierra y con riqueza, que por su condición económica e incluso de carácter cultural pueden abusar de esa condición al formalizar cualquier acuerdo de voluntades. En nuestro derecho positivo la Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos en su artículo 5º, párrafos, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo establece como garantías de todo mexicano en materia de contratación que:

“Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.”

El artículo 5º constitucional establece las prohibiciones y bases fundamentales para la celebración de pactos, contratos o convenios que han de ser respetadas y reglamentadas por las leyes secundarias como la Ley Federal del Trabajo, La Ley Federal del Consumidor, el Código Civil, etc., a efecto de evitar daños irreparables a quienes estipulen cláusulas que contradigan el mandato de nuestra ley suprema, existiendo por supuesto organismos administrativos que tienen la función de velar por el cumplimiento de dichas normas, siendo esto un claro ejemplo de cómo el estado social de derecho ha impuesto normas concretas que contradicen los principios de la absoluta igualdad y libertad para celebrar acuerdos de voluntades, que fueron prevalecientes en el estado liberal de derecho.

Héctor Jorge Escola¹⁵, al comentar el tema señala que el dirigismo contractual resulta contradictorio respecto del fin perseguido por el estado, toda vez que al reglamentar los contratos para proteger a una de las partes, pero sobre todo y fundamentalmente para preservar los principios de igualdad y libertad de las partes, por una parte puede ser cierto que logre un equilibrio en las contraprestaciones a que éstas se obligan, pero por la otra, sin lugar a dudas, la reglamentación de los contratos trae como consecuencia que la libertad resulte por demás restringida, ya que incluso si no estipulan ciertas cláusulas la norma jurídica las tendrá por puestas en el contrato debido a que estas son connaturales a tipo y naturaleza de contrato celebrado (artículos 6º, 7º y 1839 del Código Civil Federal.).

El mismo autor citado en el párrafo precedente, pero en su obra ¹⁶ "El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo" respecto de la figura del contrato señala que antes el derecho, sustentaba la teoría de los contratos en dos bases, que eran el acuerdo de voluntades individuales, y la vigencia de este acuerdo entre las partes con una fuerza equivalente a la de la Ley, pero que en la actualidad esa teoría se ha visto influida por nuevas orientaciones, cuyas características más sobresalientes son: a) debilitamiento del principio de autonomía de la voluntad; b) implantación de formulas contractuales redactadas con carácter general y de antemano; y c) aparición de contratos reglamentarios, que contemplan la regulación de relaciones de carácter general, pero que esto no implicaba una crisis del contrato, sino que únicamente éste ha sido adaptado a las circunstancias de la época por lo que lejos de estar decadente ahora juega un papel más importante en el quehacer humano.

Visto desde la óptica de la época (siglos XVIII y XIX) en que la igualdad y libertad de la voluntad de las partes fueron erigidas como columna vertebral de todo acuerdo de voluntades, hasta podría afirmarse que los contratos celebrados bajo el control ejercido no sólo por las normas jurídicas, sino por los jueces, quienes interpretan estas cuando surge un controversia entre las partes, que el llamado contrato sólo es un recuerdo del pasado, pero a decir verdad la estructura actual del negocio contractual o de la figura jurídica del contrato

¹⁵ Escola, Héctor Jorge, Op. Cit. Pág. 21.

¹⁶ Escola, Héctor Jorge, El Interés Público como fundamento del derecho administrativo, 1ª Ed. Argentina, Ediciones Depalma, 1989. Págs. 157 y 158.

sólo es un respuesta del estado social de derecho ante las terribles injusticias que se cometieron en el pasado, cuando el estado liberal de derecho se comportó como un simple observador del quehacer de los particulares.

Sin embargo, sobre el tema está muy lejos de escribirse la última palabra, ya que en los últimos años hemos visto como el llamado neoliberalismo, la globalización y la informática, como fenómenos de nuestros días, ganan terreno momento a momento, sin que puedan predecirse sus efectos a futuro, aún cuando hoy día, se afirme que el predominio internacionalizado del capital, será la solución a la pobreza y marginación de millones de seres humanos, los que por el sólo hecho de serlo tienen derecho a mucho más según afirmación hecha por nuestra Carta Magna en su artículo 1º al establecer:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Esto en homologación a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano hecha en Francia en 1789, en cuyo preámbulo se afirma que el olvido de estos derechos es la causa de los males de la sociedad, por lo que resulta indispensable proclamarlos solemnemente, para sean conocidos y respetados, pero tal vez haya que agregar y luchar por ellos día con día y esa lucha si bien en muchos casos corresponde a los individuos o gobernados, también lo es que es una responsabilidad irrenunciable del estado social y de derecho.

1.1.6.- EL CONTRATO COMO FIGURA JURÍDICA GENERAL O UNIVERSAL.

Antes de señalar las razones por las que creemos en la afirmación contenida en el rubro de este subtítulo, debemos de discernir acerca de las diferencias que nuestra legislación vigente establece a cerca de los epígrafes contrato, convenio y pacto.

Respecto de los dos primeros el Código Civil Federal en sus artículos 1792 y 1793 aparentemente establece una diferencia entre ambos conceptos al señalar que el convenio

es género y el contrato especie, sin embargo, más adelante en el artículo 1859 señala que lo previsto para los contratos es aplicable a los convenios en lo que no se opongan a su naturaleza o a disposiciones especiales sobre los mismos, Es decir, les aplican las mismas reglas para su interpretación, lo cual no resulta lógico si lo que se pretende es el establecimiento de una diferencia, y más aún, cuando el mismo cuerpo legal en cita, se hace mención en forma indistinta respecto de ambas figuras, así cuando trata a cerca de la novación en su artículo 2214 señala a esta como un contrato y en el artículo 2944 al establecer las reglas de la transacción, lo hace refiriéndose a ella como un contrato, esto es, siendo la novación un acuerdo de voluntades que modifica obligaciones ya existentes y la transacción un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la extinción de obligaciones, por lo menos en nuestro derecho civil resulta infructuoso pretender establecer una diferencia rigurosa entre ambas figuras, por lo que para efectos prácticos habrá que concluir que se trata de sinónimos, aun cuando existen autores como Pérez Fernández del Castillo¹⁷, Sánchez Medal¹⁸, y Zamora y Valencia¹⁹, que insisten en establecer la diferencia considerando únicamente lo señalado por los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, ya citados. Sin embargo, para el derecho administrativo existe una clara diferencia, cuando menos en lo que al contrato de obra pública se refiere, como veremos más adelante.

Concerniente al pacto en el artículo 5º constitucional, ya transcrito en su parté conducente, resulta por demás evidente que la Carta Magna le da el tratamiento de sinónimo respecto de contrato y convenio y la ley secundaria, es decir, el Código Civil Federal en sus artículos 180 y 192 cuando regula lo concerniente al matrimonio le da un significado de amplio sentido como sinónimo de convenio o capitulación y en los artículos 2301, 2302, 2308, 2310 y 2312 le da un sentido restringido de estipulación o cláusula contractual, por lo que en este caso tiene los dos significados ya enunciados, mismos que para el Derecho Administrativo prevalecen o cuando menos en tratándose del contrato de obra pública como veremos capítulos adelante.

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, 3ª Ed, México, Editorial Porrúa, S.A., 1995. Págs. 7 y 8.

¹⁸ Sánchez Medal, Ramón, De Los Contratos Civiles, 20ª Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2004 Págs. 4 y 5.

¹⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 7ª Ed, México. Editorial Porrúa, S.A., 1998. Págs 14 y 15.

Tal vez derivado de que la figura del contrato fue estudiada originalmente en el derecho romano, que este trascendió a los llamados pueblos bárbaros; que tuvo una concepción alejada de formalismos en el Código Napoleón, del que se extendió a los demás códigos de la época tradicionalmente se ha dicho que la teoría general del contrato corresponde al derecho civil, sin embargo, la realidad ha rebasado con mucho este punto de vista.

No obstante, conviene recordar que quienes sustentan ese criterio conceptúan al contrato con los atributos tradicionales mencionados por Berçaitz como son igualdad y libertad de las partes para su formación, ejecución y terminación; inmutabilidad de sus estipulaciones; y restricción de sus efectos a quien vincula directamente. A las que ya hicimos referencia en el punto 1.1.2., de este capítulo.

Quienes sustentan esta tesis niegan la existencia de todo acuerdo de voluntades que no reúna los requisitos antes apuntados, llegando al extremo de afirmar que se trata otras figuras jurídicas pero no de un contrato, sin señalar cuales son esas otras figuras entre las que, claro, se encontraría el contrato administrativo, quienes así lo ha hecho, son autores tales como Gastón Morin citado por Berçaitz²⁰.

Hay quienes afirman que el contrato es un género jurídico amplio y universal, aseverando que existen normas fundamentales que engloban tanto al derecho privado como al público, son pues, principios jurídicos teóricamente determinados y desplegados en el ámbito del derecho privado, pero que por su naturaleza intrínseca son principios generales del derecho, tal es el caso del contrato administrativo, así lo afirman los autores Berçaitz²¹, García de Enterría y Fernández²², y Miguel S. Marienhoff²³, quien manifiesta que en el derecho administrativo la figura del contrato aparece con caracteres propios.

²⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 133.

²¹ Ídem. Págs. 136 a 138.

²² García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás- Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 6ª Ed., España, Editorial Civitas, S.A., 1993. Págs. 651 y 652.

²³ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, 6ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1996. Pág. 24.

Por su parte, Bartolomé A. Fiorini²⁴, expresa que con motivo de la sanción de la ley 19,549 que regula el procedimiento administrativo en el ámbito federal en Argentina, resultan inoperantes u obsoletas las diferencias o disquisiciones a cerca de si el contrato administrativo es un acto jurídico administrativo y afirma que la ley las ha superado y la doctrina polémica ha declinado. El autor Cosculluela Montaner²⁵ se pronuncia también modo similar al igual que Dormi²⁶, y Gordillo²⁷, para quien los contratos son administrativos de manera gradual ubicándolos entre el derecho civil pleno y el derecho administrativo autoritario. El mismo autor citado en último término²⁸, pero en su obra Compendio de Derecho Administrativo, aclara su postura y empata su postura dogmática con Serra Rojas y Dromi, al afirmar que en estricto sentido todos los contratos celebrados por el estado son administrativos, pero que los caracteres de éstos no siempre se manifiestan en éstos con la misma intensidad, debido a que existe una graduación que los acerca al derecho civil o bien los lleva al extremo de estar regulados al cien por ciento por el derecho administrativo.

Para Cassagne²⁹, quien para explicar la existencia del contrato como una categoría genérica del derecho, hace un análisis que presenta similitud con lo ya expresado en los primeros puntos de este capítulo finalmente coincide con la mayoría de los autores ya citados al expresar que: "...la categoría jurídica genérica del contrato, el cual podría definirse como todo acuerdo de voluntades generados de obligaciones destinado a producir efectos jurídicos, que resulta aplicable tanto a los contratos de Derecho Privado como a los de Derecho Público." La idea variable en este autor resulta ser que realiza una análisis análogo entre el origen del contrato y el contrato administrativo y expresa que el hecho de que la institución jurídica en comento constituya una categoría histórica genérica no lo aleja de su origen, es decir, que al

²⁴ Fiorini Bartolomé A., Derecho Administrativo, Tomo I, 2ª Ed., Argentina, Abeledo Perrot, 1995. Págs. 596 a 605.

²⁵ Cosculluela Montaner, Luis, Manuel de Derecho Administrativo, 3ª Ed., España, Editorial Civitas, S.A., 1992. Págs. 333 y 334

²⁶ Dormi, José Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, 1ª Ed. 2ª Reimpresión, Argentina, Astrea, 1983. Págs. 359 a 362.

²⁷ Gordillo, Agustín, artículo Los Contratos Administrativos, en Contratos Administrativos, obra colectiva, Tomo I, 1ª Ed., Reimpresión, Argentina, Astrea, 1988. Págs. 9 a 19.

²⁸ Gordillo, Agustín, Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª Ed., Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 1998. Págs. X-1 a X-54.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, artículo Los Contratos de la Administración Pública, (distintas categorías y regimenes), en Contratos Administrativos, obra colectiva, Tomo I, 1ª Ed. Reimpresión, Argentina, Astrea, 1988. Págs. 23 a 29.

ser una especie de acto jurídico, ello no impide que en el derecho administrativo tenga la misma categoría respecto del acto administrativo y que quienes han negado esto, lo hicieron en el momento en que todavía no se aceptaba completamente la existencia del contrato administrativo y que la mayoría de los autores al tratar la figura del contrato, admiten la existencia de un concepto amplio de acto administrativo, esto en razón de que no elaboran una teoría propia y específica de la invalidez, vicios, régimen de extinción etcétera, es decir, que no puede "...aislarse totalmente sin contradicciones el acto administrativo que en definitiva es substancialmente un acto jurídico."

Al margen de lo anterior y a los criterios que se arguyen en un sentido y otro (negando y afirmando la existencia de los contratos administrativos) parafraseando a Cosculluela Montaner ya citado, ante la rotundidad de las legislaciones de inspiración francesa como la nuestra, en donde existen normas jurídicas inspiradas en el texto constitucional (artículo 134) el problema de la admisibilidad o existencia del contrato administrativo no pasa de ser un problema estrictamente teórico ¿cómo negar la realidad sustentada en normas constitucionales y legales? En realidad el problema se traslada a determinar cuales contratos tienen esa característica que nos ocupa (ser administrativos) y que de cualquier forma esa diferencia no altera su naturaleza intrínseca que les hace aplicables todas las reglas jurídicas de naturaleza contractual, lo que deriva de pertenecer a la institución común a todas las ramas del derecho, la contractual, misma que desde luego no es exclusiva del derecho civil, sino de la teoría general del derecho, por lo que habrá de concluir que a todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza, les son aplicables las reglas comunes que los identifican como tales.

Puede concluirse que la idea de que el contrato es una institución jurídica que pertenece a la teoría general del derecho resulta incuestionable, toda vez que la mayoría de los autores concluyen que la existencia del contrato administrativo resulta una realidad tangible y palpable. Una expresión práctica e incuestionable de dicha afirmación la encontramos en la distribución presupuestal de los recursos que ejerce el estado, o cuando menos así había acontecido en los últimos años, en nuestro país, en donde fue a través de la actividad contractual estatal, realizada por supuesto, en colaboración con los particulares, que para

ellos no sólo es voluntaria sino además rentable, por tanto, de mucha recurrencia entre las empresas privadas, toda vez que un gran número de ellas tienen como principal cliente a las diversas dependencias y entidades que conforman a las administraciones públicas federal, local y municipal, además de contratar con los poderes legislativo y judicial, así como con los organismos constitucionales autónomos.

La razón de lo anterior, resulta ser la naturaleza y características específicas del contrato administrativo, que no sólo es conmutativo en oposición a oneroso, ya que a través de la actividad contractual se ejerce una parte digamos sustancial del presupuesto de inversión y el de gasto corriente, (entre nosotros los capítulos 3000, 5000 y 6000 del Clasificador por Objeto del Gasto de la Administración Pública Federal, al cual nos referiremos líneas más adelante), que termina como utilidad para las empresas privadas, por lo que hasta ahora conocemos de la legislación de la materia en otros países, así acontece en ellos, cuando menos con seguridad en aquellos de tradición jurídica con raíces romano-germánicas.

Por todo anterior, podemos concluir que en la legislación civil se ha desarrollado una figura que pertenece a la teoría general del derecho que el genero contrato, el cual presenta diversas variantes o especies dependiendo de la rama del derecho en que se le ubique y que la forma fácil y rápida de identificarlo es la búsqueda de acuerdos de voluntades, pues donde exista la conjunción de dos o más voluntades invariablemente encontraremos al contrato, claro siempre y cuando esas voluntades sean opuestas, que en apariencia tengan finalidades diferentes o contradictorias, pero que se combinen y persigan el mismo fin, el logro del objeto indirecto, ya que como veremos más adelante el objeto directo de estos es la combinación misma de voluntades que se exteriorizan de diversas formas y dependiendo del caso, del lugar, de la legislación vigente y aplicable debe reunir tales o cuales requisitos que finalmente serán la prueba irrefutable de su existencia y el medio para hacerlo valer ante terceras personas, es decir, ante extraños al acuerdo de voluntades con ese fin particular y como lo afirma Berçaitz³⁰ “Éste es, pues, el “contrato genero”, universal y perenne, comprensivo de todas las especies posibles de contratos de derecho privado y derecho público, pretéritos, presentes y futuros,” y es este género jurídico, del que partimos para el estudio objeto de

³⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 138 y 139.

este trabajo que es la especie contrato de obra pública, a su vez sub-especie del contrato administrativo de cuya existencia y justificación de la misma nos ocuparemos a continuación.

1.2.- TEORÍAS A CERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1.2.1.- LOS FINES DEL ESTADO.

Tal vez desde el momento mismo del nacimiento del estado. Digamos a la par con la humanidad misma, pero claro que no conceptualizado como hoy en día. Los denominados fines del estado no eran muchos y menos aún complejos, esto visto desde nuestra perspectiva, pero la evolución humana, que se da a la par de las sociedades por ella creadas, ha dado como consecuencia un crecimiento cuantitativo y cualitativo de esos fines, cuya explicación sociológica se encuentra en las transformaciones que se producen día con día, año con año, década con década, siglo tras siglo, milenio tras milenio, en todos los planos de la vida humana, en ocasiones imperceptible y demasiado lenta, en otras voraz y vertiginosa. Los ámbitos de quehacer humano como lo son el social, el religioso, el político, el científico, el tecnológico, el económico, etcétera, y bueno, por que no mencionarlo? el global, ese que ahora aparece como la panacea para todos los males de la humanidad y que contradictoriamente, cuando menos hasta estos momentos, a juicio de los más resulta también ser la causa de algunos de sus peores males, tal vez del más terrible de todos, el hambre de miles y de millones de seres humanos, ¿y como negar que este fenómeno no afecta lo que ha de hacer hoy y mañana cualquier estado?

Los fines de cada estado, sin lugar a dudas dependen de la situación geográfica del mismo, de sus riquezas naturales, de su desarrollo económico, social, cultural, tecnológico, artístico, etc., éstos (los fines) sólo resultan ser la respuesta, en ocasiones oportuna y hasta anticipada a las necesidades humanas, pero en otras muchas tardía, en cierto lugar y en un momento histórico determinado, así de relativos son. Sin embargo, también son permanentes y en ocasiones parecieran inmutables, pero también indispensables para que una comunidad se desarrolle ¿y como logrará ésta el progreso sin que el desarrollo sea en primer lugar de y para los hombres, de cada uno en lo individual? Bueno, sería interesante conocer esa

respuesta, porque las más de las veces, los beneficios del desarrollo no alcanzan a todos, sino más bien, a unos cuantos, y sólo con el correr del tiempo a otros más, es por ello que el logro del bien común o del interés público, resulta ser una tarea tan difícil.

En fin, cada sociedad expresa sus reclamos y estos son tendientes a satisfacer sus necesidades esenciales o indispensables, pero también las secundarias o de tipo suntuario, como ya dijimos, de acuerdo con el momento histórico que vivan. Esto genera un proceso de generación de satisfactores en constante evolución que muchas veces con lentitud y pocas con prontitud dan lugar a la evolución social tendiente a dignificar y a servir al hombre.

Ya en la época moderna, la historia misma de la humanidad obligó en un momento dado a romper en forma radical con los principios rectores de no-injerencia, que fueron la base de la concepción por antonomasia del estado liberal de derecho y clara abstencionista; que después de su fracaso dio lugar al estado social de derecho, el que después de ensayar múltiples formas, hoy en día no sólo parece languidecer, sino incluso destinado a desaparecer, por falta de respuestas claras y concretas para la sociedad, y más aún ante el fenómeno de la globalización, esa forma de desarrollo económico social? La cual parece sólo tener una directriz, la generación de riqueza para los más poderosos, para los grandes capitalistas, que al parecer se han tornado en un poder hegemónico, el del llamado neoliberalismo, que pareciera hacer olvidar rápidamente los principios del estado social de derecho, para corroer todo, absolutamente todo, con un sólo propósito, la generación de riquezas para los poseedores de la riqueza y de la tierra y punto, no hay más que migajas para los demás, esto es, para los sin riqueza y sin tierra.

En México, hemos sido testigos vivientes de las modificaciones radicales de los fines del estado, que por cierto hemos pagado muy caro. Así nos tocó vivir a un estado intervencionista extremo, (1976 a 1982) que por cierto, supuestamente se había inspirado en el estado de economía mixta francés, pero una condicionante importante determinó su fracaso la existencia de una economía de puertas cerradas. ¿Cómo olvidar a aquel estado que mantuvo una economía de mercado cerrada al exterior a piedra y lodo? Que por otra parte, intervino en casi todas las actividades económicas de la sociedad, pues ante cualquier

fracaso de la sociedad civil intervino y volvió a intervenir, llegando incluso a ser propietario de factorías dedicadas a producir bicicletas, tuercas, tornillos, automóviles etc., un estado que al parecer pretendía hacerlo todo, incluso cometiendo el peor de los errores, olvidando que existe para servir a la sociedad civil y que no debe ignorarla ni dejarla relegada, aún siendo ostensible no sólo su falta de éxito, sino simplemente dedicar el esfuerzo, y fundamentalmente los recursos financieros públicos a hacer lo que difícilmente puede justificarse como actividades propias de la administración pública, por simplemente estar disociadas o divorciadas del concepto de interés público.

Después nos toca ¡y de que forma! Un despertar a la realidad económica del país con una administración pública obesa y poco productiva, por decir lo menos, la insuficiencia de recursos del estado, una deuda pública externa enorme y creciente, baja capacidad de ahorro, desigual distribución de la riqueza, un producto interno bruto bajísimo, recesión económica, alta tasa de desempleo y prácticamente la inexistencia de reservas monetarias internacionales. Fueros ésas las consecuencias de una crisis económica, con una devaluación constante y permanente, la pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda, por el “pequeño lapso” de más tres de décadas, e igual número de generaciones enteras que sólo han conocido una economía, la de la crisis.

En este punto conviene puntualizar que la actividad del estado social de derecho además de las consideradas por el estado liberal, incide en la vida socioeconómica de las sociedades, y que para realizarlas requiere de recursos económicos que obtiene de la sociedad vía la imposición de gravámenes impositivos que han de cumplir con los principios señalados para ello por nuestra carta magna y cuyo fin ha de ser el logro del interés público, es por ello que esa acción influye de forma determinante en el desarrollo y dinámica de la sociedad, la que a su vez también influye de manera categórica en las tareas y fines del estado.

Ambos sociedad civil y estado viven en constante interacción, pero no debe olvidarse que aún cuando exista coincidencia de fines, las tareas entre ambos son diferentes y que por el contrario lejos de una simbiosis debe existir autonomía entre una y otro. Sin embargo, en el

mismo sentido no debemos perder de vista que la acción del estado resulta crucial para la existencia, desarrollo y dinámica de la sociedad civil.

1.2.1.1. LA RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, es reconocida, sin lugar a dudas, como la primera constitución social, al considerar en sus artículos 27 y 123 los principios protectores de las clases sociales más desamparadas, la de aquellos que trabajan la tierra y la de los que sólo tiene su fuerza de trabajo como capital, esos llamados derechos sociales que contrario a lo preceptuado por el estado liberal de derecho, que se basó en la igualdad de los hombres, lo primero que han de establecer los derechos en comento, es reconocer la desigualdad de los hombres, distinguiendo a los sin riqueza ni tierra de aquellos con riqueza o con tierra, así, mientras la existencia de las garantías individuales obligan al estado a respetar esos derechos en sus actos o abstenerse para que los hombres libres ejerzan sus derechos individuales, los derechos sociales imponen al estado la obligación de intervenir a favor de los más necesitados, olvidando para siempre la quimera de la igualdad de los hombres en todos los órdenes y bajo todas las circunstancias, para que la administración pública favoreciera con sus actos a las mayorías y no a los pocos, a esos cuantos que poseen la riqueza y la tierra, esto con un fin único, evitar las injusticias originadas por las desigualdades económicas y sociales de los hombres.

Para algunos con fundamento en lo determinado por las reformas constitucionales de los artículos 3, 28, 40, 73, 131 y lo dispuesto originariamente por los artículos 27 y 123, de nuestra Carta Magna, el estado social y de derecho mexicano tenía ya facultades de planeación y rectoría económica e intervención directa en la economía a través de las empresas del sector público, y por supuesto de planeación democrática, tan es así, que con anterioridad a la reforma constitucional de 1983, existieron los planes sexenales, es decir, una planeación económica como política de estado, una intervención en el actuar económico a través de las empresas de estado o el llamado sector paraestatal de la administración pública, y determinar el rumbo económico del país a través de políticas de fomento y desarrollo económico, instrumentos con los cuales el estado ejerció la rectoría económica

dándole rumbo y dirección a la economía, como ya indicamos incluso en forma excesiva haciéndose cargo de múltiples empresas.

No fue sino hasta la reforma en cita, que en realidad la Constitución mexicana contó con disposiciones expresas o que explícitamente determinan esas facultades del estado, las cuales conforman lo que se ha denominado el capítulo económico de la constitución, que define con claridad la actividad estatal en ese campo definiendo lo que es la rectoría económica, una actividad estratégica o prioritaria y el sistema nacional de planeación democrática.

La reforma constitucional de 1983, en sus artículos 25, 26, 27, fracciones XIX y XX, 28 y 73, fracciones XXIX incisos D, E, y F, regula a detalle y define, tres grandes instituciones, ya previstas en ella según algunos constitucionalistas, siendo estas la rectoría económica del estado, la existencia de una economía mixta y un sistema de planeación democrática, que ya contemplaba indirectamente la Constitución, pero no definía, y ello, como en otras materias, causó incertidumbre jurídica, por lo que tal vez sea válido afirmar que en el caso la gran aportación de estas reformas, consiste en la seguridad jurídica del establecimiento de límites y alcances del estado en materia económica.

El tema es por demás apasionante pero extralimita los fines de este trabajo, y es por ello que no me detengo en el análisis detallado de los preceptos constitucionales ya citados, tanto los anteriores a la reforma de 1983 como los posteriores, sin embargo, su cita resultaría incoherente, si por otra parte, dejo de señalar que el fundamento de la intervención del estado en la vida económica es importante para el contrato de obra pública toda vez que gracias a su existencia, ahora se cuenta con instrumentos tales como la Ley de Planeación, los planes nacionales de desarrollo, los programas sectoriales, regionales, institucionales o temáticos que cada seis años emite el gobierno federal, gracias a los cuales puede determinarse cuales son los compromisos y ofertas que en materia de obra pública ha hecho el gobierno federal, concluyendo de su análisis y de revisar los logros alcanzados o las metas realmente cumplidas, el constante incumplimiento de las metas durante cada sexenio, ya que quedaron en promesas incumplidas.

Siendo esa la crítica a todos ellos, y es que desde el correspondiente al sexenio de 1983 a 1988, hasta el de 1995 a 2000, el incumplimiento ha sido constante pero eso no significa que ahora con el vigente de 2001 a 2006, las cosas hayan mejorado, toda vez que en el último simplemente existe ausencia de objetivos generales, específicos, estrategias para su cumplimiento, líneas de acción que permitan el cumplimiento de las metas específicas, este último eludió su responsabilidad, constituyendo un buen diagnóstico del estado que guarda todo el país, pero lejos está de asumir un compromiso con la nación, (entendiendo por esta a la concepción de Ernesto Renan³¹), por lo que ha de estarse a los demás programas para conocer el rumbo a seguir por este país en los años venideros.

Con esto se confirma que el bien común o interés público se desarrolla, determina y define de acuerdo al devenir histórico de cada nación, por ello ocurre que aun cuando exista una fundamentación idéntica o similar en diversos estados, éste sufre variaciones al concretarse cada momento histórico, de ahí las variaciones de estado a estado y las incógnitas de nuestro futuro como país.

Esta última afirmación es realmente decisiva para ponderar hoy día, ante posibles reformas estructurales del estado; y otras legales como la fiscal que creemos decisiva e indispensable para permitir el desarrollo nacional sin más endeudamiento externo, que tal vez también requiera de una definición constitucional de términos como en el caso de la República de Chile, pero a la vez crítica por los niveles reales de ingreso de los mexicanos; de igual trascendencia es reforma la energética, es decir, la concerniente a la participación de la iniciativa privada en la producción de energía eléctrica y en la explotación de recursos naturales como el petróleo, toda vez que dependiendo de los términos de ésta, se dará un equilibrado aprovechamiento de la riqueza del subsuelo o un nuevo saqueo, sólo equiparable a la entrega de espejos por oro como hace ya tantos años.

Esto nos lleva a cuestionar si la asunción por parte de la administración pública de ciertas actividades responde a las exigencias históricas, políticas, económicas y sociales del México del siglo XXI, sin afectar los principios de la suplencia o subsidiariedad en materia económica

³¹ Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, Diccionario de Política, Tomo II, Ed Siglo XXI Editores, 1ª Edición en Español 1982, Redactores de la Edición en Español José Arico y Jorge Tula. Págs. 1075 a 1080.

que sustentan la existencia de la economía mixta, cuya aplicación tiene fundamental importancia para justificar las normas de actuación y atribuciones del estado.

En este punto, concluimos que bien vale la pena evaluar las instituciones y técnicas de la contratación de la administración pública, porque estas no pueden permanecer ajenas al proceso que hemos descrito al recibir la influencia sucesiva de los hechos históricos y sociales que dan origen a la intervención estatal en la vida económica y al estado paternalista o protector de los sin tierra y sin riqueza o sólo concertador de intereses en el campo social. Y si a ello se le añade que muchos de los instrumentos utilizados en el ámbito contractual tienden a caer pronto en desuso, por el impacto que ocasiona la revolución tecnológica en la que estamos inmersos, se comprende en toda su magnitud y trascendencia la importancia de analizar temas como el que es objeto de este trabajo, toda vez que si bien debe adaptarse la contratación del estado a dichas tecnologías, también lo es que muchas de estas también han de adaptarse a las necesidades sociales y estatales en la materia.

1.2.2.- LA COLABORACIÓN DE LOS PARTICULARES.

Desde el surgimiento mismo del estado contemporáneo, el logro de sus fines en buena medida ha sido el resultado de las acciones gubernamentales de los conocidos actos administrativos en los que la autoridad se erige ante el particular imponiendo su voluntad, y obligando a su ejecución, es decir, de forma forzada y obligada, sin que al ciudadano le quedase otra opción que el acceder, sin embargo, no siempre ni en todos los casos esto es posible, en algunos pocos casos en principio y después con mucha mayor regularidad y número, el estado se vio en la necesidad de pedir ayuda, y esto fue así justamente al momento en que el estado dejó atrás su actuar como gendarme, toda vez que al vincular los entes estatales el actuar gubernamental con el de la economía mixta y el cumplimiento de acciones de naturaleza social, el ente todo poderoso llegó al punto en que no pudo exigir de los particulares más que su colaboración y apoyo, siendo el medio más idóneo aquel que el propio hombre empezó a utilizar cuando le fue necesario el intercambio comercial con otros hombres y no es otro más que el contrato, la participación voluntaria, y concertada y quedaron atrás los requerimientos coactivos y forzosos. Tal vez esto obedezca a que como

lo sostuvo el Maestro Gabino Fraga³² “...Existen muchos casos en los cuales hay correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares. Desde el momento en que tal correspondencia existe no se hace necesario el empleo del mandato imperativo de parte del Poder público para salvar el eficaz cumplimiento de sus atribuciones...”

Como es natural en sus inicios la participación de los particulares hubo de ser acordada con los medios conocidos y existentes hasta ese entonces, que fueron los contratos de derecho civil con las adaptaciones ya comentadas líneas atrás. Así es como el estado llegó a un momento de limitación de su potestad bajo el imperio de la ley, y en un principio a través de la administración pública, celebró contratos con los particulares, en un plano de igualdad para que a través de la manifestación de la voluntad de ambos, se generaran derechos y obligaciones mutuas de igual validez y obligatoriedad. A estos contratos civiles celebrados por la administración pública se les ha denominado contratos de la administración.

Sin embargo, en poco tiempo se demostró que la nueva forma de actuación de la autoridad administrativa, de carácter bilateral, sujeta a los moldes del rigorismo contractual del siglo XIX, ya analizado líneas arriba no permitía el cabal cumplimiento de los objetivos y fines perseguidos con el uso de dicha figura jurídica, y de inmediato casi sin proponérselo, los entes estatales iniciaron con una serie de adecuaciones adaptaciones de la figura jurídica en comento hasta llegar a lo que conocemos como contratos administrativos, en donde en buena medida la norma jurídica señala una preeminencia de la voluntad estatal sobre la de su colaborador voluntario.

Sobre este tema los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³³, señalan que “Esto ha dado lugar a una gran variedad de opiniones doctrinales, desde aquellas que niegan su existencia porque en el contrato debe prevalecer el principio, de la autonomía de la voluntad, y si una parte es autoridad e impone las condiciones para la contratación, se desvirtúa la naturaleza del contrato, hasta otras que aceptan plenamente la existencia de los contratos administrativos.”

³² Fraga Gabino, Derecho Administrativo, 43ª Ed., Revisada y actualizada por Manuel Fraga, México Editorial Porrúa, S.A., 2003. Pág. 395.

³³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 309 y 310.

Inmediatamente después estos autores indican que "La realidad es que el Estado necesita bienes y servicios, los cuales no le es posible producir por sí mismo, como tampoco obtenerlos por vía autoritaria, obligando a los particulares a que le aporten los bienes y servicios que necesite, ya que con ello desvirtuaría el Estado Social de Derecho en que vivimos; es por ello que tiene que celebrar contratos para su obtención."

Entre los contratos administrativos sin duda los más antiguos son el de concesión de servicios públicos, el de obra pública y el de suministros; cuyos orígenes se ubican en los contratos de locación de obra y de compraventa normados por el derecho romano, pero la estructura del derecho civil no permaneció intacta por mucho tiempo, las exigencias del quehacer del estado obligó a estructurar modificaciones que con el tiempo se perfeccionaron y hoy día constituyen las características esenciales de dichos contratos administrativos. Sin embargo, los contratos en comento sólo son los más usuales, ya que la actividad contractual del estado no se limita a dichos contratos, en realidad lleva a cabo un sinnúmero de operaciones contractuales: Por ejemplo en materia de bienes inmuebles celebra contratos de compraventa, de arrendamiento, de comodato etc., asimismo, respecto de bienes muebles generalmente celebra los contratos de suministro, de adquisición, arrendamiento, etc. y en cuanto al rubro de servicios de servicios técnicos, artísticos, científicos y, en general, de tipo profesional; o bien de transporte, celebra una gran número de contratos, algunos de ellos bajo la modalidad de contrato abierto; del mismo modo en otras ocasiones la propia Administración Pública celebra contratos en los que ella es la prestataria del servicio como en el caso de los contratos de suministro de energía eléctrica, o de agua potable o tratada, etc.

Por tanto, puede concluirse que el estado se relaciona contractualmente con los particulares por medio de una serie considerable de acuerdos de voluntades de muchos géneros en los que existen obligaciones recíprocas, debido a que si bien en un gran número de ocasiones el particular se obliga con el estado a realizar cierta actividad, entregar ciertos bienes o incluso crearlos y en un plazo determinado y con ciertas condiciones, el estado a través de los entes que lo conforman, por su parte, tiene la obligación de pagar por las prestaciones recibidas en debidos tiempo y forma; es decir se crean o transfieren derechos y obligaciones recíprocas;

ya que en otras ocasiones el estado es quien presta los servicios y el ciudadano es quien debe retribuirlo con el pago de una cantidad cierta y en dinero por los bienes o servicios recibidos.

Respecto de esta actividad contractual se han desplegado un gran número de incógnitas, tal vez, la fundamental sea que si esos llamados contratos por el estado lo sean en realidad, o se trata de otra figura jurídica, ya que en principio se desvirtúan los principios llamados clásicos o tradicionales de la figura contractual y se formulan instrumentos jurídicos cuya naturaleza queda en duda, toda vez que en esos existe la mutabilidad en contraposición a la inmutabilidad del contrato conocido en el derecho civil; del mismo modo queda en tela de juicio la existencia de un acuerdo de voluntades ya que en el caso no existe igualdad entre las partes que celebran el acuerdo y por supuesto el cumplimiento, ya que en esos instrumentos el estado se reserva el derecho de obligar al cumplimiento forzoso o determinar en forma unilateral la terminación de los mismos, además de las garantías y penas convencionales que resultan exorbitantes respecto de la legislación civil.

En el mismo sentido existen opiniones respecto del caso en que el estado usa alguna modalidad de contrato plenamente reconocido por la legislación civil ya que se celebran acuerdos de voluntades del mismo modo que lo hacen los particulares entre sí, toda vez que en estos caso puede determinarse que las partes están en igualdad jurídica y bajo un régimen de derecho privado. En principio la respuesta es que en ambos casos el estado y el particular de que se trate, celebran un contrato, es decir, un acuerdo de las voluntades, en el que se comprometen recíprocamente respecto de un bien o servicio determinado, y al pago de la contraprestación respectiva sólo que en unos casos el referente normativo es en parte el derecho civil y en otros lo es el derecho administrativo, por lo que su celebración, cumplimiento, forma de extinción etc. se sujeta a lo dispuesto en cada legislación, ¿pero es esa su única diferencia y lo que los caracteriza verdaderamente? ¿O existe mucho más de fondo? A estas interrogantes contestaremos en el siguiente punto, por lo pronto ha de mencionarse que estas modalidades de contratación son conocidas como "contratos civiles de la Administración", y "Contratos Administrativos" respectivamente.

1.2.3.- EL SURGIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Para responder a este título, resulta indispensable conocer los criterios doctrinales con que se ha sustentado tanto la inexistencia del contrato administrativo, como aquellas que han planteado la existencia de criterios que afirman su existencia, para así establecer si existe diferencia o no entre los “contratos civiles de la administración o contratos de administración” y los llamados “contratos administrativos” propiamente dichos.

Al respecto debemos señalar que doctrinalmente hablando se ha realizado un gran esfuerzo para establecer las diferencias específicas entre ambos tipos de acuerdos de voluntades y que por supuesto no se ha dado de un momento a otro, sino que el desarrollo histórico y el surgimiento de unos y otros autores, es lo que ha permitido, que hoy día exista una basta doctrina con muy diferentes criterios, que finalmente ha permitido establecer la presencia incuestionable del contrato administrativo y ello ha permitido además conocer sus similitudes, porque no sólo existen las primeras, y en ocasiones en la práctica los puntos de discusión se centran estas últimas.

Respecto de los diversos criterios señalados por la doctrina para determinar si un contrato es administrativo o civil de la administración Gabino Fraga³⁴ señala que “El criterio para hacer la distinción entre esas dos categorías es de los más discutidos e imprecisos, pues varía desde la equiparación sustancial de las dos clases de contratos, con sólo diferencias de carácter formal o externo hasta la negativa de que el llamado contrato administrativo sea realmente un verdadero contrato.” Y añade “La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para nosotros para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene.”

Antes de pasar al estudio de esas interesantísimas teorías, es conveniente destacar que la actividad jurisprudencial ha sido poca, sobre todo en las últimas décadas, esto tal vez debido a que los particulares que son conocidos como contratistas y/o proveedores, hasta las tres o cuatro primeras decenas del siglo XX, en que se usó con más frecuencia el contrato de

³⁴ Fraga, Gabino, Op. Cit. Pág. 397.

concesión de obras públicas, de servicios públicos y para la explotación de bienes del dominio público, éstos acudían a los tribunales cuando existía controversia con el estado, lo que dio lugar al establecimiento de algunas jurisprudencias, después de esa época, los contratos más usuales fueron los de obras públicas, suministros, arrendamientos, etc., cuyos titulares en los más de los casos prefirieron evitar conflictos en el ámbito jurisdiccional con la administración pública, y los otros poderes y entes estatales, lo cual dio como resultado la casi nula existencia de jurisprudencias sobre el tema, hasta la última década del siglo pasado, cuando empezaron a darse algunos conflictos a nivel jurisdiccional, que terminaron con el establecimiento de algunos precedentes.

Sin embargo, la opinión a cerca de la existencia o no de los contratos administrativos emitida por nuestra máxima autoridad en la materia es por demás trascendente, ya que esta no sólo reconoce su existencia, sino que además establece un criterio definitivo para determinar su naturaleza, por ello a continuación me permito transcribir algunas de las jurisprudencias, y tesis aisladas que sobre la materia se han emitido.

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO, NATURALEZA DE LOS. Para determinar la naturaleza de los contratos que el poder público celebra con los particulares, debe atenderse a la finalidad que se persiguió al celebrarlos. Cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, se está en presencia de un contrato administrativo; en cambio, cuando el Estado contrata sin compromiso para el cumplimiento a sus atribuciones, el contrato que celebre será de naturaleza civil, y por ende, el derecho común regirá la situación jurídica particular creada por la voluntad de los contratantes, y si en el contrato celebrado entre un particular y el Gobierno, basándose en su derecho, concurren la voluntad de traspasar y recibir el uso y el goce de un bien raíz por tiempo determinado, por un precio, y se estipula que se abone una cantidad mensual compensatoria, es incuestionable que se trata de un contrato de arrendamiento de cosa inmueble, que es de derecho civil, y que por tanto, es regido por la ley civil común, por haber sido celebrado entre un particular y el Gobierno, en representación de los derechos patrimoniales de éste, concurriendo la expresada voluntad de los contratantes que creó el vínculo jurídico contractual, así como una contraprestación consistente en el precio del arrendamiento. Por tanto dicho contrato no puede ser de carácter administrativo (contrato concesión), por que no existe materia concesionable, sino lisa, llana y sencillamente, la transmisión del uso o goce de un bien raíz a base de arrendamiento, celebrado por el Estado como arrendador, en uso de la facultad de administrar los bienes particulares de éste.

Amparo administrativo en revisión 1689/50. Torres García Rafael. 2 de abril de 1951. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Alfonso Francisco Ramírez. Tomo LX, pág. 2562. Amparo administrativo en revisión 6800/38. Ocampo Leobardo S. 29 de junio de 1939. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo CVIII. Tesis: Página: 17. Tesis Aislada."

En la tesis aislada antes citada no sólo se reconoce la existencia de los contratos administrativos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación denomina Contratos-Concesión, si que se establece un criterio definitorio para establecer que tal o cual contrato es o no administrativo, y ese criterio es, aunque no lo mencione expresamente la tesis en comento, el cumplimiento de una finalidad de interés público, tal y como se desprende del texto resaltado que me permití hacer en la cita de referencia.

"CONTRATOS CONCESIÓN, REQUISITOS DE LOS.- En derecho administrativo, los contratos concesión se basan en una reciprocidad de derechos y obligaciones, entre el representante del poder público y los particulares, y sus estipulaciones no están sometidas a los principios generales del derecho civil, sino a los que son propios del derecho administrativo, cuyas bases son de derecho público; por tanto, unos actos jurídicos no constituyen un contrato concesión, si en ninguna de las cláusulas de la escritura otorgada entre el Gobernador de un Estado y una sociedad, se estipulan derechos o obligaciones con carácter bilateral, que es lo esencial de los contratos consensuales.

TOMO LVII, Pág. 3325. Cía. Harinera de Torreón, S.A. y coags. 30 de septiembre de 1938. Unanimidad de cuatro votos. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LVII. Tesis: Página: 3325. Tesis Aislada."

"CONTRATO-CONCESIÓN.- Si el acto jurídico celebrado por la Nación es un contrato-concesión, para el aprovechamiento de bienes del dominio público, debe considerarse que el poder público ha obrado en su calidad de autoridad y no de persona moral, y debe regirse, fundamentalmente, por los preceptos de derechos público y no por los de derecho civil. En estos casos, no debe desconocerse el derecho de la autoridad para declarar administrativamente la caducidad del contrato- concesión, en los casos en que el interés público así lo requiera, y con mayor razón, si las partes han hecho figurar expresamente este derecho, en las cláusulas respectivas para el caso de que la otra parte falta al cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le impusieron.

TOMO XLV, Pág. 5033.- Campos Otero Julia.- 13 de septiembre de 1935.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XLV. Tesis: Página: 5033. Tesis Aislada.”

“ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CONCESIÓN, DIFERENCIA ENTRE LOS.- No puede considerarse el acto administrativo como un contrato concesión, puesto que los casos en que puede el poder público celebrarlo, son aquellos en que otorga a los particulares facultades que a él corresponden, para la realización de una obra de un servicio de orden público, en favor de la colectividad, o para conceder el aprovechamiento de bienes de propiedad pública, que no tienen útil aplicación; pero en esos casos, si el poder público se desprende de facultades que le son propias, concede el uso de sus bienes o favorecer con privilegios a asociaciones de funcionamiento económico, es porque los favorecidos se obligan a realizar determinadas obras o servicios, que compensen el importe de las reducciones de impuestos, asegurando el cumplimiento por sanciones y estipulaciones de caducidad o rescisión, y siempre deben hacerse esos contratos concesión, con la intervención de los poderes que constitucionalmente tienen competencia para obligar al Estado; por lo cual en lo relativo a concesiones sobre impuestos, forzosamente tiene que intervenir el poder legislativo; por tanto, el ejecutivo de un Estado no puede, por sí sólo, otorgar una concesión de esta naturaleza.-

TOMO LI, Pág. 332. Laboratorios Pharmakon, S.A.- 15 de enero de 1937.- 4 votos.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LI. Tesis: Página: 332. Tesis Aislada.”

“CONTRATOS CONCESIÓN, INSUBSISTENCIA DE.- Si la existencia de un contrato concesión, dependía de la comprobación del cumplimiento de la obligación impuesta en una cláusula del mismo, el acuerdo que declare insubsistente tal contrato, por la falta de dicha comprobación, no es violatorio de garantías, aunque la autoridad haya dado por cumplida la obligación, si después revoco la resolución en que lo hizo, y el acuerdo respectivo surtió efecto pleno, por no haber sido reclamado.

Cía. Agrícola del Lago de Lerma, S.A. Pág. 1075 T. LVII. 2 de Agosto de 1938.
Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LVII. Tesis: Página: 1075. Tesis Aislada.”

“CONTRATOS-CONCESIÓN POR SUBASTA, FIRMEZA DE LOS.- Si acatando el artículo 134 de la Constitución Federal, se dicta y publica un acuerdo presidencial, dando autorización a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas para celebrar contrato para la explotación de un puente internacional de peaje, de propiedad federal, es claro que si dicha dependencia del Ejecutivo publica la convocatoria para que se presenten proposiciones, señalando día y hora para la junta pública en que deberán abrirse los sobres lacrados correspondientes, fecha en que tuvo lugar, y previos los trámites legales correspondientes de

Comunicaciones y de la Dirección de Inspección Fiscal de la Secretaría de Hacienda, se otorgó contrato-concesión por el Secretario de Comunicaciones a unos contratistas, en el que se fijaron garantías pecuniarias para responder por la ejecución correcta de los trabajos de construcción del nuevo puente, así como por la administración del actual, y posteriormente es celebrado con otro contratista, por la misma Secretaría de Comunicaciones, contrato para la explotación del referido puente internacional, es claro que se lesionan los derechos adquiridos por aquellos, a quienes les fue adjudicado, de acuerdo con los requisitos del artículo 134 citado al principio. No puede considerarse que el contrato-concesión de que se habla no hubiera sido formalizado por carecer de la firma del Secretario de Hacienda, ya que las partes contratantes lo fueron el Secretario de Comunicaciones y Obras Públicas, con la facultad que en la materia le otorga el artículo 8o., Fracción VIII, Inciso f) de la ley de Secretarías de Estado, y aquellos contratistas, quienes firmaron el documento respectivo, por lo que la relación contractual debe tenerse por existente, ya que la intervención que tiene la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los actos o contratos de los que resulten obligaciones o derechos para el Gobierno Federal, se limita a examinar si en tales actos o contratos, se ha garantizado suficientemente el interés de la Hacienda Pública.

TOMO LXXIV, Pág. 4286.- Espinosa Héctor Enrique y coags.- 16 de noviembre de 1942.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo LXXIV. Tesis: Página: 4286. Tesis Aislada."

“CONTRATOS CONCESIÓN, ELEMENTOS DE LOS.- Si con arreglo a los términos de un contrato celebrado entre un particular y la nación, este cedió en favor de ella determinados bienes, y la nación, por medio de su órgano representativo, otorgó al cedente, como compensación o pago, una autorización o permiso para explotar bosques de propiedad nacional, se está frente a un contrato concesión, ya que, mediante el mismo, la nación introdujo a su acervo patrimonial, bienes estimados como de propiedad particular y en compensación o pago, otorgó un permiso de aprovechamiento de riqueza forestal, ejerciendo, en el primer aspecto un derecho patrimonial, privado, y en el segundo el uso pleno de su facultad soberana. Esta tesis ha sido sustentada ya por la Suprema Corte de Justicia, quien, siguiendo la doctrina del tratadista Gabino Fraga, admite como característica de las concesiones administrativas, que el régimen de concesión se emplea, entre otros casos, cuando se otorgan facultades a los particulares para aprovechamiento de bienes de propiedad públicos, por tanto, concesionado a un particular el derecho de explotar bienes de propiedad pública, tal concesión necesariamente constituye un acto de soberanía, pues con el no se dispone de bienes de carácter público, y por tanto, el desconocimiento de dicho contrato es un acto de autoridad y no debe sobreeserse en el amparo que contra el se pida.

Amparo administrativo en revisión 5451/45. Río Verde Agrícola Co. S.A. 7 de agosto de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Octavio Mendoza González. La publicación no menciona el nombre del ponente. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo XCIII. Tesis: Página: 1357. Tesis Aislada."

Lo relevante de las siete tesis aisladas en cita, resulta ser la denominación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace respecto de los contratos administrativos, es decir, identificarlos como contrato concesión; y la expresión de las razones que para ello ha tenido, es decir, seguir las ideas del Maestro Gabino Fraga respecto de la concesión administrativa, aplicándolas a la celebración de los acuerdos de voluntades celebrados por el estado; así como la importancia que en este tipo de contratos tiene el cumplir rigurosamente con el procedimiento que en su oportunidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos denominó subasta y que hoy día identificamos plenamente como licitación pública, además de que se precisa que "En derecho administrativo, los contratos concesión se basan en una reciprocidad de derechos y obligaciones, entre el representante del poder público y los particulares, y sus estipulaciones no están sometidas a los principios generales del derecho civil, sino a los que son propios del derecho administrativo..." y por supuesto la distinción clara de que el acto administrativo no es por sí mismo un contrato concesión sino que "...los casos en que puede el poder público celebrarlo, son aquellos en que otorga a los particulares facultades que a él corresponden, para la realización de una obra de un servicio de orden público, en favor de la colectividad, o para conceder el aprovechamiento de bienes de propiedad pública, que no tienen útil aplicación..."

Una vez dilucidada la existencia de los contratos administrativo, no sólo por la opinión dominante en la doctrina existente en derecho administrativo, sino también por la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien los denomina contratos concesión, en razón de que los más estudiados por ella, en la época en que se produjeron, fueron como ya se indicó los de concesión, procede ahora efectuar un análisis de las opiniones doctrinales a cerca de su existencia.

1.2.4.- CORRIENTES QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Indudablemente la simple manifestación de la idea a cerca de la existencia de una nueva categoría de contrato, que rompe con los principios fundamentales que sustentan la existencia del contrato civil clásico del siglo XIX, debió provocar una reacción inmediata de rechazo por parte de los juristas más importantes y destacados de la época, que por su prestigio y trayectoria debieron influir de manera significativa en la opinión de toda la comunidad jurídica, por lo que quienes sostuvieron la idea de su existencia debieron experimentar un fuerte rechazo, ya que las opiniones en contra no fueron expresadas a la ligera o de manera superficial, sino que fueron opiniones bien deliberadas.

En la actualidad como ya se mencionó la existencia del contrato administrativo es un hecho indubitable, que no da lugar a dudas. Fundamentalmente la legislación y la doctrina jurídica le dan un reconocimiento pleno al igual que la jurisprudencia, como lo demuestran las tesis jurisprudenciales mexicanas ya citadas, que de cualquier modo son escasas. Sin embargo, es importante hacer un recordatorio de las tesis más importantes que en su oportunidad negaron la existencia del contrato administrativo e incluso de algunas que aún hoy día, en el ámbito doctrinal niegan terminantemente la existencia de dicha categoría contractual. Por tanto, resulta relevante el estudio de dichas corrientes de opinión, toda vez que es fundamental determinar cual es su yerro, toda vez que de ello deriva el fortalecimiento de las opiniones que determinan su existencia, por tanto, es importante dilucidar como lo señala Fernández Ruiz³⁵ "...si en esencia el llamado contrato administrativo se configura como un negocio contractual o si, como afirmara Otto Mayer, es un acto administrativo unilateral, o bien, el resultado de yuxtaponer dos actos unilaterales, como sugiere una parte de la doctrina italiana; y de acreditarse su calidad contractual, determinar si el contrato administrativo es distinto al de derecho privado o es sólo una de sus variedades."

Entre las opiniones que niegan la existencia del contrato administrativo pueden distinguirse fundamentalmente cinco corrientes, que bien pueden ser denominadas como a continuación

³⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 58.

se expresa: doctrina de la unilateralidad o de la inexistencia de un acuerdo de voluntades de carácter administrativo; doctrina de la unidad del derecho e inexistencia del contrato administrativo; doctrina privatista de la igualdad entre el llamado contrato administrativo y los celebrados por los particulares; las tesis expuestas por algunos autores españoles, quienes al tratar la figura del contrato administrativo niegan su existencia y por último el contrato administrativo en el sistema jurídico anglosajón a cuyo estudio dedicaré los siguientes puntos.

1.2.4.1.- DOCTRINA DE LA UNILATERALIDAD O DE LA INEXISTENCIA DE UN ACUERDO DE VOLUNTADES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO.

Esta primera teoría niega la existencia de los contratos administrativos argumentando que no se trata de contratos, ya que del análisis de su proceso de formación, concluye que en realidad se trata de actos unilaterales; asimismo, destaca que existe una diferencia fundamental entre las pretendidas partes y que ello niega la existencia de un principio esencial de los contratos el de igualdad jurídica entre las partes; de igual forma, se niega que exista autonomía en la voluntad de una de las pretendidas partes, en razón de que la voluntad de la administración pública esta regida por el derecho, y la del particular carece de autonomía plena en virtud de que se reduce a aceptar o rechazar las condiciones generales de contratación determinadas por la primera, por último, esta corriente también niega que pueda tratarse de contratos auténticos por la cognición de que el objeto sobre el que versan se encuentra fuera del mercado.

En Alemania esta tesis fue sustentada por los autores Otto Mayer y Fritz Fleiner, ambos citados por Berçaitz³⁶, por su parte, el autor español Adolfo Posada citado por Fernández Ruiz³⁷, rebatió las ideas de Otto Mayer y por su parte también lo hace Berçaitz³⁸. En general todas las refutaciones a esta teoría hacen un análisis del proceso de formación de los contratos administrativos a efecto de establecer con que carácter concurren los particulares

³⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 166 a 169.

³⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 60.

³⁸ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 169 a 174.

frente a los entes públicos para celebrar dichos instrumentos jurídicos y al respecto puede concluirse que en todos los contratos existen cuando menos dos partes, en el caso de los administrativos los particulares acuden voluntariamente ante el estado porque sus intereses coinciden con los perseguidos por el estado como lo señaló el Maestro Gabino Fraga ya citado.

En cuanto a que los contratos administrativos no son contratos por el hecho de que el objeto indirecto de los mismos (recordando que el objeto directo es la voluntad de las partes) es algo que se encuentra fuera del comercio, debemos partir de cuando menos dos puntos. El primero de ellos es que esta afirmación carece de sentido ya que por ejemplo las más de las veces el objeto indirecto de los contratos de suministro se refiere a cosas que se encuentran en el comercio, así la adquisición de medicinas para los hospitales del sector público, papelería y enseres mayores y menores de oficina, equipo de computo etc., son cosas que se encuentran dentro del comercio. Es cierto que algunos objetos de los contratos administrativos no se encuentran en el comercio como es el caso de las obras públicas, sin embargo, el procedimiento generalmente seguido para la celebración de estos contratos (la licitación pública como norma general) justamente lo que hace es poner en el comercio algo que no lo estaba y se hace mediante una convocatoria pública dirigida a todas las personas que cuenten con la capacidad técnica, financiera y experiencia para realizar esos trabajos, cualesquiera que sea su forma de gestión, ya que al licitarse se ponen en el mercado.

Según expone Berçaitz^{38 BIS}, en Italia los autores Oreste Renelletti, Federico Cameo y Guido Zanobini, se sumaron a la corriente que niega la existencia del contrato administrativo al considerar que sólo se trata de la yuxtaposición de dos actos unilaterales. Por una parte el acto administrativo que proviene de un ente público que no tiene validez por sí mismo, sino que requiere de otra parte, la voluntad del particular, consecuentemente, según esta postura las voluntades no convergen, sino que se yuxtaponen, por tanto, los actos son unilaterales, no pierden su individualidad, y al no existir convergencia o unión de los actos volitivos, sino tan sólo la sobre posición de uno respecto del otro, determina que ambos permanezcan independientes sin conformar un acto único y distinto, por supuesto menos aún un contrato.

^{38 BIS} Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 174 a 179.

En la misma Italia los autores Lodovico Barassi y Francesco Carnelutti, unos y otros citados por Berçaitz³⁹, dieron respuesta a esta postura señalando que resulta ilógico comparar la aceptación voluntaria que hace un particular respecto del pliego de condiciones administrativo, con la aceptación que generalmente hace el heredero testamentario, toda vez que en este caso la persona que acepta la herencia no perfecciona ningún acuerdo de voluntades y porque no existe antítesis de intereses entre el autor de la herencia y el heredero, como sucede en todo contrato, por lo que la postura cae por su propio peso. Y el caso de la postura de Zanobini resulta por demás inexplicable, toda vez que por una parte reconoce la necesidad y existencia de los contratos administrativos y por la otra por considerar lo determinado por la norma italiana concluye en la inexistencia de la figura expresando que se trata de contratos civiles que celebra la administración.

1.2.4.2.- UNIDAD DEL DERECHO E INEXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Una segunda de las tendencias doctrinales que contradicen la existencia del contrato administrativo es la que funda en la visión monolítica del derecho, ya que consideran a este como una unidad indivisible, por tanto, para ella no ha lugar a distinción alguna entre derecho público o privado, entre contratos civiles, mercantiles, laborales o administrativos. Para esta corriente doctrinaria el contrato como figura jurídica es única e indivisible. Esta teoría tiene su origen en las ideas del connotado tratadista Hans Kelsen, para quien como es sabido no existe distinción alguna entre derecho público y derecho privado, por no haber seguridad en el objeto de su división, en razón de que se atribuyen ambas calidades tanto al derecho objetivo como al subjetivo, a las normas, facultades y deberes que conforman la relación jurídica, y atendiendo a que los tratadistas que postulan su existencia han recurrido a criterios muy diversos y peor aún contradictorios entre sí.

Sobre esta postura Fernández Ruiz⁴⁰ señala que "Para Kelsen y sus seguidores, al no haber diferencia entre derecho público y privado no puede hablarse de contratos privados y de contratos públicos o administrativos; a este respecto, simplemente diremos con Geoges

³⁹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 174 a 179.

⁴⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 62.

Vedel que “sólo existe Derecho Administrativo en el sentido preciso del término cuando ese sistema de normas es substancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre los particulares.”

1.2.4.3.- DOCTRINA PRIVATISTA.- IGUALDAD ENTRE EL LLAMADO CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LOS CELEBRADOS POR LOS PARTICULARES.

Una tercera corriente doctrinaria que niega al contrato administrativo es la que funda su opinión en negar la existencia misma del Derecho Administrativo al señalar que todos los contratos se rigen por el derecho civil sin importar las modalidades que adopten, toda vez que las normas de derecho civil son suficientemente bastas para encuadrar todo acuerdo de voluntades, sin importar sus particularidades. Esta teoría se funda en el enfoque del monismo de Hans Kelsen, e incluso de León Duguit, quienes aun cuando reconocen la existencia del derecho privado y público, simplemente afirman que no es posible hablar de cosas inexistentes, que sólo existen los contratos que celebra el Estado y los actos realizados por este, pero que éstos (los contratos administrativos) son invenciones de los gobernantes para no cumplir cabalmente con los compromisos contractuales contraídos. Ambos autores son citados por Berçaitz⁴¹.

Dicho en otras palabras, esta corriente doctrinal, al igual que las anteriores, niega la existencia del contrato administrativo, señalando como válida la celebración de contratos por parte de la administración pública y demás entes públicos, pero de su análisis, concluye que no existe diferencia alguna entre estos y los celebrados entre los particulares, señalando que cuando más se trata de contratos de derecho privado con algunas modulaciones que consideran válidas, es decir, de modo casi imperceptible o de forma inconsciente admiten la existencia de una categoría contractual comúnmente utilizada en derecho público, pero la refieren a los contratos de derecho privado.

⁴¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 154 y 155.

Los postulantes de esta tesis, en resumen señalan que se trata de una variedad de los contratos civiles y que cualquier actividad desarrollada al amparo de este tipo de instrumentos jurídicos, bien es cierto, que su objeto puede consistir en realizar una actividad de dar hacer o no hacer concerniente a cosas que simbolicen la fuerza y soberanía estatales, pero ello no implica que se revistan de ella, se trata de contratos de obra, de arrendamiento, de compraventa, de prestación de servicios, etc., es decir, substancialmente se trata de contratos de derecho civil y el hecho de que los celebre el estado no implica que se modifique su naturaleza jurídica.

Para explicar la existencia de las consideradas cláusulas exorbitantes de derecho civil como la de rescisión administrativa, las modificaciones a lo pactado originalmente impuestas por una de las partes; los ajustes de costos para lograr el mantenimiento de la ecuación económico financiera etc., afirman que se trata de cláusulas que bien pudieran ser pactadas por las partes en un contrato de derecho privado, pero evitan su análisis profundo, tal vez por el temor de tener que reconocer que este tipo de cláusulas implicarían determinar la nulidad absoluta de esas estipulaciones, por ser contrarias a principios fundamentales de la teoría general de los contratos bajo el enfoque civilista, así por ejemplo, afirman que el contrato de empréstito es igual en su naturaleza jurídica al de préstamo más común y corriente del que pueda tenerse idea, e incluso para no ahondar en ello respecto del contrato de obra pública afirman que no se trata de cláusulas exorbitantes que impliquen una modificación o mutación de la naturaleza jurídica de estos contratos, ya que esas estipulaciones contractuales bien pueden ser el producto de la convención entre particulares y válidas en derecho común.

Así el ya referido autor Berçaitz⁴² al citar los argumentos distintivos de esta postura doctrinal señala que como una de las conclusiones generales de la misma que “En consecuencia, cuando la Administración pública actúa en el campo contractual, lo hace mediante contratos de derecho privado; cuando no actúa dentro del contrato de derecho privado, actúa fuera del campo contractual, unilateralmente, como autoridad, como poder público.” Continúa el autor en comentario señalando los puntos substanciales de esta postura y expresa ⁴³ que en los casos que no puede, válidamente, sostenerse que tal o cual contrato contiene cláusulas

⁴² Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 159.

⁴³ Ídem. Págs. 160 y 161.

exorbitantes de derecho privado, señala la violación a cinco principios fundamentales de la contratación. a) que nadie válidamente puede imponer unilateralmente su voluntad, en una relación contractual, sin violar el principio de libertad contractual y que ello implica la ausencia del principio, y que se trata de algo fuera de la materia contractual, por tanto, para que se trate de un contrato es necesario que el estado se encuentre en un plano de igualdad con el particular; b) que las cosas contratadas por el estado, por regla general se encuentran fuera del comercio; c) en el caso del estado se escenifica un caso de monopolio o de exclusividad de la actividad estatal lo cual implica que no pueda ser materia contractual; d) que cuando una actividad está regulada por una ley específica no puede afirmarse que es factible la existencia de una voluntad autónoma por parte del estado e incluso del particular, por lo que esto no puede constituir actividad contractual; y e) por último señala que las variaciones impuestas en el acuerdo de voluntades por una de las partes del contrato implica la violación al principio de inmutabilidad de los contratos.

El propio autor ⁴⁴ refuta estos argumentos señalando “Es ridículo pretender decidir derechos de los reinos, de las naciones y del universo, por las mismas máximas sobre las cuales se decide un derecho por una gotera, para servirme de la expresión de Cicerón”, manifestó Montesquieu, hace ya dos siglos, en su inmortal *Espíritu de las Leyes*.” Inmediatamente después, cita a Jèze señalando, que a lo mismo se refirió con un lenguaje más moderno al señalar “...es un error grosero –que un jurisconsulto no debe cometer- querer aplicar, en razón de la aparente analogía, las reglas del derecho privado establecidas para el contrato de compra-venta, al contrato administrativo de suministros, o las reglas del derecho privado dictadas para el contrato de locación de obra, al contrato administrativo de obra pública, etc.” Concluye el autor ⁴⁵ que nos ocupa señalando “Esto es así, porque, mientras en los contratos de derecho privado sólo está en juego el interés personal de las partes intervinientes, en los contratos administrativos está en juego el interés público que constituye su causa para la Administración.” Punto este, que a nuestro juicio resulta ser el aspecto fundamental de los contratos cuyo estudio nos ocupa, tal y como lo señala Escola en su ya citada obra, y por otra parte, ejemplifica histórica y magistralmente el autor español Gaspar Ariño Ortiz, con quienes concluiremos este apartado líneas abajo.

⁴⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. 162.

⁴⁵ Ibidem.

1.2.4.4.- LA TEORÍA ESPECIAL DE ALGUNOS DESTACADOS AUTORES ESPAÑOLES.

Una cuarta postura u opinión especial que por supuesto merece ser analizada es la sustentada por algunos destacados autores Españoles como Recaredo Fernández de Velasco⁴⁶, quien parte de cuestionar sobre si pueden existir contratos de derecho público; respecto de si la economía del contrato privado es igual a la del público; así mismo, si los conceptos obtenidos del estudio hecho a la contratación civil tienen validez para solucionar los problemas que se presentan en la contratación llamada administrativa. Y después de responderse negativamente niega la existencia del contrato en estudio.

Un caso similar es el de Eduardo García de Enterría⁴⁷, quien tiene una postura ecléctica entre la teoría monolítica del derecho y la postura civilista, ya que finalmente señala que en realidad se trata de contratos que pueden analizarse a la luz de las normas civilistas, ya que sólo se trata de contratos sujetos a algunas modulaciones especiales, pero que no por ello dejan de ser contratos regulables por las normas civiles. El punto de unión entrabos autores resulta ser que a pesar de negar la existencia de los contratos administrativos, los denominan de ese modo y sus estudios al respecto tratan del contrato administrativo expresamente, es decir, realizan el estudio como si defendieran la existencia de éstos acuerdos de voluntades pero terminan negándola.

Entre algunos autores españoles existió y existe una resistencia reacia a aceptar la existencia de los contratos administrativos, considerando que en todo caso se trata de una figura jurídica diferente e incluso que son contratos civiles adicionados con algunas cláusulas que serían dables en el derecho privado. Entre los más destacados, sin lugar a dudas, se encuentra el ya citado Eduardo García de Enterría⁴⁸, quien es un duro crítico de la Ley de Contratos de Estado del 8 de abril de 1965, y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 1995, negando con ello la existencia de una categoría especial de acuerdos de

⁴⁶ Fernández de Velasco, Recaredo, Los Contratos Administrativos, SE, Ed., 2000, México. Cárdenas Editor Distribuidor, 2000. Pág. 426.

⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás- Ramón, Op. Cit. Pág. 643 a 691.

⁴⁸ Ídem.

voluntades identificada con el rubro de contratos administrativos, ya que equipara a estos con los civiles pero sujetos a modulaciones mediante un estudio que denomina "La revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo". No obstante, debe señalarse que a raíz de la promulgación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 18 de mayo de 1995, parafraseando al autor, ha modulado su postura, ya que por una parte reconoce la existencia del contrato administrativo, pero señalado que se ha desustantivado el contrato administrativo y en esencia se trata de la misma figura jurídica de derecho civil pero sujeta a modulaciones, tal como consta de lo expuesto por el autor ⁴⁹ en la edición más reciente de su obra (9ª Edición).

El autor Recaredo Fernández de Velasco⁵⁰, publicó en 1927 su obra denominada "Los Contratos Administrativos", la cual recientemente ha sido reeditada en nuestro país. Como lo señalamos líneas arriba la postura de este tratadista resulta por demás especial debido a que el título mismo de su obra obliga a inferir que sustenta alguna de las tesis que sustentan la existencia de los contratos administrativos y así lo parece cuando se inicia el estudio de su obra ya que por ejemplo señala:⁵¹ "Pero si consultamos nuestra legislación, veremos que la administración puede ser sujeto de dos tipos de contratos: contratos privados o de derecho civil, y contratos públicos, propiamente administrativos, o de derecho administrativo. Tienen este último carácter los que afectan a una obra o servicio público, entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública.", e incluso su estudio parece apuntar a sostener la existencia de este tipo de contratos ya que pocas líneas más adelante señala ⁶⁴ "... Es decir, científica y doctrinalmente hemos de ver si esencialmente son iguales los contratos privados y los públicos, independientemente de la legislación que los regule, pues ésta no puede ser causa, sino efecto de aquellas diferencias." Sin embargo desde el inicio de dicho estudio ya apunta cual será el resultado del mismo, ya que en su amplísima introducción antes del punto V denominado ¿Pueden existir contratos de Derecho Público? Señala el autor⁵² que como una de sus primeras conclusiones lo siguiente "...aun siendo bilaterales las relaciones producidas

⁴⁹ García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás- Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. 9ª Ed., España, Civitas, 1999. Págs. 665 a 690.

⁵⁰ Fernández de Velasco, Recaredo, Op. Cit. Págs. 2 y 3.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ídem. Pág. 43.

o creadas en los denominados contratos administrativos, pueden sin embargo no ser contratos, sino institución bilateral y consensual que responda a otro tipo distinto." Así mismo, dicho subtítulo en forma de cuestionamiento es inmediatamente respondido con la siguiente aseveración⁵³ "Naturalmente esa pregunta equivale, con independencia de toda denominación, a esta otra: ¿La economía del contrato privado es igual a la del público? O, en otra forma de significación metódica: ¿Los conceptos obtenidos en el estudio de la contratación civil sirven para resolver las contingencias de la contratación administrativa? Creo que a las tres cuestiones se tiene que responder negativamente." Y efectivamente en el transcurso de su estudio por una parte niega la existencia de los contratos administrativos, demuestra el porque la economía de los contratos administrativos y civiles es diferente y desde luego el porque requieren de normas y principios diferentes para ser solucionadas, y que efectivamente no todos los conceptos obtenido del estudio de la legislación civil sirven para resolver correctamente los problemas que surgen en la contratación administrativa, la cual tiene sus propios principios y valores fundamentales a la luz de los cuales han de ser resueltas las cuestiones de los contratos administrativos. Así toda la obra esta llena de contradicciones que por un lado niegan la existencia de los contratos administrativos y por la otra afirman que son diferentes y responden a principios jurídicos diversos, pero que se trata de una clase diversa de acuerdo de voluntades, es decir, son contratos administrativos y por tanto sujetos a principios diferentes.

Así por ejemplo en la introducción del estudio señala que hablar de contratos de derecho público o de contratos sui generis, implica el uso de adjetivos calificativos muy amplios en fuerza de ser muy vagos, pero que en realidad lo que se denota es que las figuras no se parecen y que debido a que esa diferencia no se debe a la forma sino al contenido mismo de los actos, ha de llegarse a la conclusión de que semejantes actos no son contratos.

Según Berçaitz⁵⁴ dos años después de publicada la obra en cita, el autor Fernández de Velasco publicó otra denominada "El acto administrativo" y según Berçaitz, en ella expone que denomina actos administrativos unilaterales a aquellos en que el contenido de los mismos es fijado por una sola de las partes y posteriormente cita como ejemplo de actos

⁵³ Fernández de Velasco, Recaredo, Op. Cit. Pág. 43.

⁵⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 157.

unilaterales que tienen efectos bilaterales o recíprocos a las concesiones para la ejecución de obras públicas y realización de servicios, puntualizando que no se trata de contratos sino de actos administrativos.

1.2.4.5.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN.

En el sistema jurídico Anglosajón o del Common Law, en principio no hay lugar a la existencia del contrato administrativo, como se sabe, los países con esta tradición jurídica, fundamentalmente son el Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica. En ellos todos los integrantes de la sociedad se rigen por las mismas normas jurídicas, incluso los órganos de gobierno.

Ejemplo de lo anterior es el hecho de que en el Reino Unido los contratos de la Corona son sometidos a las normas del derecho común, sin embargo, dichos acuerdos de voluntades tienen distinciones particulares derivado de la existencia de estatutos especiales o prerrogativas reales de la corona, que no han sido elevados a la categoría de normas jurídicas, se trata de privilegios que goza exclusivamente el poder ejecutivo y que afectan las relaciones contractuales de los contratistas con el Gobierno, quien goza de dichos privilegios, que constituyen un régimen especial no reconocido doctrinal ni oficialmente, que no otorga derecho alguno a los particulares por no ser normas jurídicas reconocidas como tales. Los privilegios en comento están contenidos en lo que conoceríamos dentro de nuestras administraciones públicas como manuales de procedimientos internos, que no son publicados, por tanto, no tienen el carácter de normas jurídicas, que los particulares puedan alegar en su favor. En ese orden de ideas la jurisdicción, no es la excepción, por ello los conflictos que surgen con motivo de la interpretación y cumplimiento del tipo de contratos que nos ocupa no podía corresponder a nadie más que a los tribunales ordinarios y al arbitraje en los casos en que así es pactado en los contratos respectivos.

Esta es la situación general que se guarda en ese país, y por ello, desde un punto de vista formal, debe concluirse que no existen los contratos administrativos. Sin embargo, como es

natural, las normas de derecho común no tienen todas las soluciones a los problemas que surgen en el tipo de contratación, en que una de las partes resulta estar dotada de privilegios que son exorbitantes respecto del derecho común y la otra tiene a su cargo una serie de obligaciones que no son comunes en otros contratos, por ello la solución adoptada en dicho país ha sido la formulación de sendos contratos que constan de un número inusual de cláusulas en las que se regulan con todo detalle todas y cada una de las obligaciones y derechos de las partes, de modo tal que la regulación de derecho común para estos contratos prácticamente resulta inaplicable. Asimismo, es de señalarse que en dichos instrumentos jurídicos lo normal es el pacto del arbitraje para la solución de todo tipo de controversias, por lo que resulta verdaderamente excepcional que los tribunales tengan conocimiento de conflictos de esta naturaleza.

Al respecto, debe destacarse que desde 1968 existe un organismo especial dedicado al arbitraje de este tipo de asuntos cuya conformación es bilateral, es decir unos miembros son nombrados por el gobierno Británico, y otros por el organismo cúpula de la industria del país. Lo estipulado en los contratos en cita no varía respecto del clausulado de los países en donde sí es reconocida la existencia de los contratos administrativos, es decir, se otorgan prerrogativas especiales a la administración pública tales como la facultad de despedir y aceptar empleados de la empresa hasta cierto nivel; pagar directamente a subcontratistas y proveedores; cláusulas penales con facultad de ejecución unilateral por la administración; de modificar unilateralmente el contrato, suspenderlo temporalmente o en forma definitiva, e incluso rescindirlo o decidir sobre su terminación anticipada; facultades para determinar el mantenimiento de la ecuación económico financiera, interpretación unilateral, etc., tal vez, el punto más delicado del caso es que los contratistas se encuentran en una situación más desventajosa que en otros países, toda vez que no existe una norma jurídica que especifique con claridad derechos y obligaciones para estos y límites para la administración.

Según el autor ⁵⁵ Gaspar Ariño Ortiz, no fue sino hasta el año de 1954, cuando aparecieron las primeras obras doctrinarias sobre el tema y que en ellas implícitamente se reconoce que

⁵⁵ Ariño Ortiz, Gaspar, artículo Contrato y Poder público. La Figura del Contrato Administrativo en el Derecho Español y Europeo, en Derecho Administrativo, Cassagne, Juan Carlos, Director, Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, SE., Argentina, Abeledo Perrot, 1998. Págs. 870 a 873.

se trata de contratos de cuño especial, toda vez que de no ser así no hubiese existido ningún problema para escribir sobre ellos, ya que en caso de serles aplicables las normas de derecho civil, lo más sencillo habría sido expresar esto y demostrarlo con un sencillo estudio doctrinario. En el caso de los Estados Unidos de América, el mismo autor ⁵⁶ en cita nos revela que hasta el año de 1940, la jurisprudencia emitida por el tribunal supremo de ese país dejar ver sin lugar a dudas la situación que guarda la celebración de contratos con la administración pública, toda vez que se establece la existencia, para ésta, de la prerrogativa de elegir a los contratistas libremente y de determinar el contenido de los contratos al igual que cualquier particular; y que como tiene que actuar a través de agentes para dictar ciertas reglas, para ello a fin de mantener la casa en orden, pero que dichas reglas no constituyen normas de derecho administrativo, toda vez que se trata de meras instrucciones de operación interna, las cuales no dan lugar a la creación de derechos o prerrogativas para los contratistas, ya que aun cuando lleguen a conocerlas no pueden exigir a la administración su cumplimiento, toda vez que si no se incluyen dentro del clausulado es como si no existiesen.

Que el contenido de los contratos y los pliegos de condiciones fueron elaborados desde 1926 por una Comisión Interdepartamental, lo cual aún cuando da cierta homogeneidad a la contratación de la administración sin que pueda afirmarse que existiera una regulación específica de derecho público. Lo cual ocurrió después de haberse hecho el planteamiento tanto por el congreso como por los tribunales de ese país, lo que desde ese entonces existe un derecho administrativo en ciernes.

De lo anterior ha de concluirse que en los países de tradición Anglosajona existe una situación especial, ya que en el Reino Unido no existe ni se acepta la existencia de los contratos de derecho administrativo, sin embargo, por vías de hecho la administración ha establecido normas internas de la administración que regulan este tipo de contratación sin que dejen de existir injusticias y circunstancias de gran incertidumbre para quienes celebran este tipo de contratos.

⁵⁶ Ariño Ortiz, Gaspar, Op. Cit. Págs. 874 a 876.

Asimismo, en el caso de Norteamérica en principio la situación fue análoga a la del Reino Unido, pero la existencia de trato diferenciado a los contratistas y la libertad de selección de contratistas en un país que destina parte más que importante a contratos de tipo administrativo a dado lugar a la existencia de un Derecho Administrativo en ciernes que día a día avanza a una regulación más clara y específica a través de decisiones de jurisdicción administrativa.

1.2.5.- LAS CARACTERÍSTICAS QUE DETERMINAN LA NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y TEORÍAS QUE LO JUSTIFICAN.

Según expone Fernández Ruiz^{56 BIS}, la existencia del contrato administrativo se desarrolló fundamentalmente en Francia e íntimamente ligada a la noción de servicio público, pero fundamentalmente la construcción de él, como una categoría especial de contrato resulta ser mérito exclusivo de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado Francés, entre 1855 y 1873, específicamente en los casos Rotschild y Blanco. En el primero de estos casos se reconoce la teoría de la doble personalidad del estado, hoy día superada, estableciendo que éste en algunos casos actúa como ente de derecho público y en otras como ente de derecho privado, señalando que ejerce la primera cuando realiza actos de autoridad ejerciendo el imperio propio del Estado, y la otra para actuar como cualquier persona moral sujeta a los derechos y obligaciones de cualquier ciudadano, que por otra parte está facultada para ejercer todos los actos de gestión necesarios para administrar su patrimonio como lo haría cualquier propietario.

En el segundo de ellos el señor Blanco demandó al Departamento de Gironda para que fuese declarado responsable de los daños ocasionados a su hija, causados por los actos de obreros empleados por la administración de los tabacos y en el caso específico la resolución fue en el sentido de que las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por actos realizados en la prestación de servicios públicos no pueden ni deben estar regidas por las normas del Derecho Civil ya que estas fueron diseñadas para regular las relaciones entre particulares y que la responsabilidad del Estado relativa a la prestación de los servicios

^{56 BIS} Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 64 a 70.

públicos, tiene sus propias reglas las cuales tienen que tomar en cuenta las necesidades de cada servicio público y armonizar los intereses estatales con los de particulares y que conforme a estas circunstancias la única autoridad que podía conocer de ese tipo de conflictos era la administrativa, es decir, una jurisdicción especial que tuviese conocimiento claro del servicio público y la compatibilidad que este debía guardar con el interés de los particulares. Ha de destacarse que el caso versó sobre la competencia de que autoridad jurisdiccional debía conocer de este asunto, y por tanto, en aquellos años no fue tan trascendente menos aún el término de servicio público, toda vez que en esa época estaba desprovisto de todo el bagaje cultural que hoy día tiene para cualesquier persona.

Por supuesto y aun cuando incluso nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en los primeros cincuenta años del siglo XX, en diversos casos reconoció la existencia de la teoría de la doble personalidad del estado, debe tenerse claro que esta tuvo su auge en el siglo XIX, hoy día ésta ha sido desechada, al considerar que resulta cuando menos falto de lógica el hecho de considerar que la persona moral llamada estado pudiese actuar con una personalidad de derecho público en unos casos y con otra de derecho privado en otros, por simple acto volitivo, toda vez que ello obligaba a concluir que los actos realizados con una personalidad no podían ser reconocidos por la otra y viceversa, como menos aún podían ser motivo de responsabilidad alguna. Es esta una de las críticas de mayor peso que obligaron a concluir que la teoría en comento debía ser desechada.

Así en opinión de Jorge Héctor Escola⁵⁷ "...basta con señalar aquí que esta noción de la doble personalidad del Estado ha quedado ya definitivamente superada y abandonada, desde que se puso en evidencia que no se trataba, en verdad, de dos personalidades diferentes, sino de una personalidad única que podía actuar indistintamente en la órbita del derecho público o en la del derecho privado, o más justamente aún, de una sola personalidad del Estado que actúa ciñéndose, predominantemente, al derecho público o al derecho privado, pero sin excluir totalmente, en la totalidad de los casos, al otro de esos aspectos normativos de su actividad integral."

⁵⁷ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, 1ª Ed., Tomo I, Argentina, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1984, Reimpresión 1990. Págs., 5 y 6.

Según lo expone Fernández Ruiz⁵⁸, la caracterización del contrato administrativo como tal se da a la par de la aparición de las primeras obras de derecho administrativo en Francia, la mayoría de los autores reconocen tal mérito a la obra de Eduardo Julián Laferriere (1841-1901) en su obra denominada *Traite de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, publicada en el año de 1886, quien la fundó en la diferencia que hizo entre los actos de autoridad y los actos de gestión, que en su momento gozó de gran aceptación y fue reconocida por diversos autores en la materia.

Más tarde en 1906, Georges Teissier vuelve a dar importancia al caso Blanco al proponer en su obra que fuese el concepto de servicio público el fundamento de la teoría de la responsabilidad del poder público como fundamento de una teoría integral de la responsabilidad del poder público, de la competencia y aún del derecho administrativo. La obra se denomina *Tratado de la responsabilidad de la puissance publique*, que es citado por Fernández Ruiz⁵⁹ en la obra ya citada. Según el autor de referencia,⁶⁰ el tratadista en cuestión usó estas ideas al formular sus conclusiones en el caso Feutry en 1908 y fue a raíz de esto que se incrementó notablemente la influencia del caso Blanco en la construcción y desarrollo del derecho administrativo francés, ya que fueron utilizados con mayor frecuencia por los tribunales de dicho país en la resolución de los casos que fueron sometidos a su consideración entre ellos el Terrier. El cual se basa en que un departamento hizo una oferta pública de otorgar una prima por cada víbora que fuera eliminada y el Sr. Terrier con base en dicho ofrecimiento público se dedicó de modo exclusivo a esa actividad, de modo tal que cuando ya había eliminado una parte importante, de lo que fue considerado fauna nociva, hizo el reclamo del pago de las primas respectivas ante el departamento correspondiente, obteniendo una respuesta negativa, ya que la autoridad argumentó haber agotado la partida presupuestal dedicada a ese fin. Ante esa respuesta el interesado demandó al Departamento el pago de las primas obtenidas, debiendo previamente dilucidarse la competencia del tribunal competente para conocer del caso. En las conclusiones emitidas se indicó que todo lo concerniente a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, fuere cual fuere

⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 66.

⁵⁹ Ídem. Págs. 68 y 69.

⁶⁰ Ídem. Págs. 69 y 70.

su forma de gestión, constituye una operación administrativa, por tanto, que su naturaleza evidente determinaba que la jurisdicción fuese administrativa.

El mismo autor⁶¹ nos refiere que otro caso que influyó en forma definitiva en que la construcción del concepto de contrato administrativo estuviese íntimamente ligado al concepto de servicio público, fue el Therond, ya que el Consejo de Estado Francés determinó que en la especie se trataba de un contrato por el que se encomendó la prestación de un servicio público al interesado, por tanto, que la competencia correspondía a la jurisdicción administrativa. Siendo esta la razón para que muchos autores hayan vinculado el carácter administrativo de los contratos, al hecho de que estos tuvieran por objeto la prestación de algún servicio público.

En México la doctrina siempre ha reconocido la existencia de los contratos en estudio, los administrativos, aunque por otra parte, no siempre ha existido una legislación que los regule en forma específica y clara. Así por ejemplo la Constitución de 1857 no establece en ninguno de sus artículos la existencia de este tipo de contratos, sin embargo, como señalábamos a nivel doctrinal si se ha reconocido, su existencia, y así en la única obra de derecho administrativo de la que tengo conocimiento, anterior a la Constitución de 1917, escrita por José María del Castillo Velasco⁶², denominada "Ensayo sobre el Derecho Administrativo", que es una edición facsimilar, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1994, en su tomo II, Capítulo VI nombrado "De las Obras Públicas y de las Contratas", en su página 49, hace el reconocimiento expreso de la existencia de los contratos administrativo y a la vez describe la situación normativa de estos y la solución que en ese entonces se dio a la falta de regulación expresa, al señalar: "Dos elementos necesarios deben distinguirse en todo contrato administrativo; el primero las estipulaciones generales ó especiales que ligan recíprocamente á la administración y al contratista, y el segundo los principios y doctrinas que rigen en la materia y se aplican á todas las obligaciones de la misma naturaleza, según se consignan en las leyes comunes. Así pues, estos principios generales del derecho suplen

⁶¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 69 y 70.

⁶² Castillo Velasco Del, José María, Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano, 1ª Ed. 1874, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, Núm. 45, 1ª Ed Facsimilar 1994. Pág. 49.

la falta de reglas positivas, declaran el sentido de las cláusulas oscuras ó ambiguas, y en fin constituyen el fundamento de la jurisprudencia administrativa en orden á los contratos de obras y servicios públicos.”

Concerniente a las obras de derecho administrativo, publicadas en México a partir de la vigencia de la Constitución de 1917, en la gran mayoría de ellas, tan sólo con excepción del Maestro Ernesto Gutiérrez y González y de Adolfo Merkel, quienes niegan la existencia de los contratos administrativos, los autores más destacados como Miguel Acosta Romero, Gabino Fraga, Andrés Serra Rojas, Jorge Olivera Toro, Miguel Galindo Camacho, Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, Manuel Lucero Espinosa, Jorge Fernández Ruiz, Rafael I. Martínez Morales, Narciso Sánchez Gómez, Roberto Báez Martínez, Gabino E. Castrejón García, Enrique Pérez de León E., Emilio Margáin Manautou, Elsa Roqué Fourcade y Alfonso Nava Negrete, reconocen la existencia de los contratos administrativos.

Pasemos a continuación a realizar un análisis de las diversas teorías que sustentan la existencia de los contratos administrativos, aunque no siempre con apoyo en criterios claros, pero sin duda, su conocimiento nos permitirá entender como es que se fue construyendo la convicción de que los contratos administrativos existen y son una realidad jurídica.

1.2.5.1.- LA TEORÍA SUBJETIVA.

Esta postura doctrinal considera que un contrato ha de calificarse como administrativo cuando en él participe la administración pública. De conformidad con lo anterior, siempre que en un contrato sea parte la administración pública, o mejor dicho alguno de los órganos que ejercen la función administrativa en los diversos entes que conforman al estado, se estará ante la presencia de un contrato administrativo.

En un primer plano la crítica a esta teoría ha de ser el preguntar ¿por qué sólo los contratos celebrados por el poder ejecutivo serian administrativos? ¿Es acaso que los contratos celebrados por los poderes Legislativo y Judicial o por los órganos con autonomía constitucional carecen de esa característica? En todo caso, ¿serían administrativos todos los

contratos que celebre el estado, ello con independencia de que sea el poder ejecutivo quien lo haga con mayor frecuencia? ¿O es acaso que el principio de legalidad sólo es aplicable a un poder?

Las respuestas a estos cuestionamientos han de ser en el sentido de que el principio de legalidad ha de ser respetado y aplicado por todos y cada uno de los tres poderes del estado y de los organismos con autonomía constitucional y que en principio no puede hablarse de que pierdan autonomía o soberanía por sujetar sus contratos administrativos a las normas que para el efecto ha emitido el Congreso de la Unión, por tanto, los contratos administrativos no sólo son aquellos que celebra el poder ejecutivo, sino todos aquellos que ejerzan la función administrativa desde un punto de vista materia u objetivo, sea quien sea el órgano estatal que los celebre, esto en razón de que ha quedado profusamente demostrado que la división de poderes no es pura y todos los órganos del estado realizan la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, por ello es que realizan actos, contratos y convenios de naturaleza administrativa, por supuesto el poder ejecutivo con mayor preponderancia.

Pero en realidad la crítica fundamental a la teoría que nos ocupa estriba en el señalamiento de que no todos los contratos que celebra el estado son ni pueden ser administrativos por el simple hecho de que en ellos participe alguno de los poderes del estado u organismos constitucionalmente autónomos, especialmente los órganos de la administración pública, esto, en razón de que el hecho de que ésta sea una de las partes que interviene en un contrato, no establece la existencia de ninguna diferencia de estos contratos con los que se rigen por el derecho común o civil. Sin embargo, debo decir, que hoy en día esta refutación no parece tan clara, cuando autores como Andrés Serra Rojas⁶³ y José Roberto Dromi⁶⁴, ven con recelo la existencia de los llamados contratos privados de la administración, o contratos civiles de la administración, ya que en ellos también interviene el poder público y ello no implica que aquellos dejen de tener, por una parte, una naturaleza administrativa, ya

⁶³ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, Segundo Curso, 17ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1996. Págs. 642 y 643.

⁶⁴ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, 1ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1987. Pág. 234.

que todo lo concerniente al proceso de la formación del acuerdo de voluntades, esto es, el proceso de adjudicación y formalización del contrato, siempre estará regulado por el derecho administrativo, y por la otra, sólo la parte relativa al objeto del contrato quedará normada por el derecho civil, pero interpretada bajo las reglas del derecho administrativo.

En México uno de los autores más destacados de Derecho Administrativo ha sustentado esta tesis, Miguel Acosta Romero desde las primeras publicaciones de su Teoría General del Derecho Administrativo⁶⁵, que con el tiempo se ha convertido en un total de tres volúmenes ha sostenido desde 1973⁶⁶ hasta sus últimas publicaciones⁶⁷ que “Formalmente será contrato administrativo aquel en el cual una de las partes sea el Estado, a través de un órgano de la Administración Pública o de los organismos descentralizados, organismos desconcentrados o sociedades mercantiles de Estado.” Al respecto cabe destacar que si bien la participación de la administración pública o de algún poder del estado u organismo constitucionalmente autónomo es un presupuesto de existencia de los contratos administrativos, tampoco es la razón jurídica que pueda calificarlos como administrativos, distinguiéndolos fundamentalmente de los civiles en que también participa la administración pública. Por último, debe destacarse que esta posición dogmática fue acuñada cuando aun estaba vigente la teoría de la doble personalidad del estado, hoy día ya superada, siendo uno de sus expositores fue Stainoff, citado por Marcel Waline quien a su vez es mencionado por Berçaitz⁶⁸ para ejemplificar esta postura doctrinal.

1.2.5.2.- LA TEORÍA JURISDICCIONAL.

Quienes sustentan este criterio de distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho civil afirman que la particularidad de estos contratos se da en razón de que las controversias suscitadas en razón de diferencias surgidas con motivo de la interpretación, aplicación o cumplimiento de estos acuerdos de voluntades son conocidas en

⁶⁵ Acosta Romero, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, 3ª Edición Editorial Porrúa. S.A., México, 1979. Pág. 419.

⁶⁶ Acosta Romero, Miguel, Segundo Curso de Derecho Administrativo. 1ª Edición Editorial Porrúa. S.A., México, 1989. Pág. 473.

⁶⁷ Acosta Romero, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Vol. 1, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998. Pág. 631.

⁶⁸ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 190.

exclusiva por los tribunales de lo contencioso administrativo y que las controversias derivadas de los contratos civiles o de derecho común son conocidas por tribunales pertenecientes al poder judicial, esto porque así lo determine expresamente la legislación, porque así lo determinen las partes contratantes o porque esto se decida jurisdiccionalmente en razón de la naturaleza de los actos sujetos a su determinación.

Entendemos esta postura como una secuela histórica de lo acontecido en el Consejo de Estado Francés, cuando se determinó que ciertas controversias resultaban de la exclusiva competencia de dicho órgano, en razón de estar vinculadas con la prestación de los servicios públicos, y de que los tribunales judiciales no podían conocer de las cuestiones administrativas debido a que ello implicaría que el poder judicial estuviese en una posición de superioridad respecto del poder ejecutivo. Y sobre este punto el propio Consejo de Estado de referencia ha determinado que una cláusula no puede atribuir la competencia jurisdiccional, pero si puede ser indicio de la naturaleza del pacto entre las partes. Así mismo debe considerarse que la norma jurídica puede ser caprichosa respecto de la determinación de la competencia jurisdiccional por múltiples razones.

El hecho de que una jurisdicción determinada pueda o no conocer de controversias surgidas por la interpretación, aplicación o cumplimiento de los contratos administrativos no es en definitiva la causa determinante para que un contrato participe o no de esta naturaleza, como la mayoritariamente se ha sostenido en la doctrina y tal vez quien lo ha hecho con más claridad resulta ser Recaredo Fernández de Velasco⁶⁹ quien al comentar los “Estudios Prácticos de Administración del autor Silvela concluye que “Incorporada a nuestra jurisdicción esa tendencia, y reiterada, ha logrado convertir lo adjetivo y accidental en sustantivo y esencial, y algunos de nuestros tratadistas, en vez de derivar de la naturaleza de los contratos la norma para fijar la jurisdicción competente, han utilizado ésta para establecer diferencias en la naturaleza de aquellos...”

En México el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa más bien ha sido excepcional, por ejemplo el hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sólo es

⁶⁹ Fernández de Velasco, Recaredo, Op. Cit. Pág. 8.

competente para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la administración pública federal centralizada, es decir, conforme a la teoría en comento resultaría que única y exclusivamente, dichos contratos serían administrativos, ya que todos los demás están sometidos a la jurisdicción de tribunales federales distintos del ya citado, ya que la Ley Orgánica del mismo sólo le da jurisdicción para conocer de ciertos contratos administrativos y los demás cuando menos a nivel federal son de la competencia de los jueces de distrito de lo civil o de lo administrativo, todo depende de la forma y términos en que sean planteadas las controversias a dichos órganos jurisdiccionales.

1.2.5.3.- LA TEORÍA FORMAL.

La denominada teoría formal sostiene que los contratos administrativos que celebra la administración pública y yo añadido, por cualquiera de los poderes del estado u órganos con autonomía constitucional, en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, pueden distinguirse de los civiles por el procedimiento administrativo seguido por esta para su concertación como lo es la licitación en cualquiera de sus formas y por ende el cumplimiento de los pliegos de condiciones o bases a que se sujeta la contratación, al igual que en el caso de la adjudicación directa, en la cual también es exigible el cumplimiento de éstas formalidades.

Sobre esto último, la denominación de esta postura doctrinal, en nuestra opinión lo más adecuado es que el nombre sea sustituido por el de las formalidades, ya que como apunta Escola⁷⁰ "...distingo que se ha hecho entre la "forma" propiamente dicha y las "formalidades". Mientras que la primera es el modo como se documenta la voluntad administrativa, conforme a las prescripciones legales y reglamentarias, las segundas en cambio, son los requisitos que deben cumplirse para expresar la voluntad administrativa en el acto de que se trate, pudiendo ser anteriores, concomitantes o aun posteriores a dicho acto (Sayages Laso)." Como lo menciona en tratadista en cita, existe una diferencia clara entre la forma que han de adoptar los actos administrativos, que en el caso de los contratos administrativos como en

⁷⁰ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 628 y 629.

general lo es de los actos administrativos, siempre ha de ser la escrita y otra las formalidades que ha de cumplir la administración para expresar su voluntad, la cual siempre ha de ceñirse a lo que establezcan las normas jurídicas vigentes.

Por otra parte, la crítica fundamental a esta teoría consiste en que esta teoría de las formalidades no demuestra ni explica con claridad la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, toda vez que, si bien en el Derecho Administrativo el cumplimiento de las formas es una regla general a cumplir, que deriva de quien emana la actividad y los actos administrativos específicos, también lo es que dicha forma bien puede ser usada por el órgano en ejercicio de la función administrativa para la celebración de contratos cuya naturaleza sea civil o mercantil, y no por ello trastocarían su naturaleza, ya que tendría volverse a lo ya dicho respecto de que lo adjetivo y accidental se torne sustantivo y esencial por el sólo hecho de cumplir formalidades que las más de las veces son anteriores o cuando más, son concomitantes con la celebración de los contratos, mismos que no siempre requieren del cumplimiento de ellas para su celebración, siendo el caso más evidente el de la adjudicación directa. Sin embargo, tampoco puede dejarse de lado lo ya apuntado por los autores Serra Rojas y Dromi, sobre la necesidad de alejar al derecho administrativo de las situaciones de reenvío al derecho civil y contar con estatutos jurídicos de cuño especial para las necesidades del ejercicio de la función administrativa.

1.2.5.4.- LA TEORÍA LEGALISTA.

Para esta postura dogmática los contratos son administrativos cuando así lo determinen las normas jurídicas, por decisión, claro, del legislador. De Laubadère citado por Berçaitz⁷¹ expresó a nuestro juicio la crítica más certera a este punto de vista pero referido al criterio de la jurisdicción, que debidamente parafraseado resulta plenamente aplicable al caso al señalar: "Por otro lado, la fantasía del legislador no puede constituir nunca un criterio de caracterización. Razones políticas, económicas, circunstanciales o de deficiencia técnica, he decir, metajurídicas, pueden ser las determinantes de que la ley atribuya el conocimiento de tales o cuales contratos a la jurisdicción administrativa, aun cuando, *stricto juris* no lo sean."

⁷¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 191.

El parafraseo sería en la parte final para señalar "... de que la ley atribuya el carácter de administrativos a tales o cuales contratos, aun cuando *stricto juris* no lo sean." En el mismo sentido también puede decirse que aun cuando la norma jurídica no califique de administrativos a los contratos que lo sean, las más de las veces es el Poder Judicial quien finalmente determina cuestiones de esta naturaleza, al margen de lo que digan o dejen de decir las normas jurídicas a cerca de la naturaleza de los contratos.

En México por ejemplo, la situación ha sido en ese tenor. La Constitución de 1857, no estableció la existencia de los contratos administrativos y por supuesto tampoco ninguna norma jurídica secundaria, en cambio, desde el punto de vista doctrinal, el ya citado José María Del Castillo Velasco⁷² determinaba la existencia de contratos administrativos para la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios públicos.

Posteriormente la Constitución de 1917, determinó que únicamente los contratos de obras públicas serían administrativos y no fue sino hasta 1935, que se emitió una primera norma secundaria que determinaba expresamente la existencia de contratos de esta naturaleza, aun cuando otros contratos con la misma no eran reconocidos como tales por las normas que los regulaban y en 1965 se emitió por ejemplo la Ley de Inspección de Adquisiciones. En 1982 se reformó el artículo 134 constitucional y amplió la gama de los contratos administrativos. De ahí que no pueda determinarse que la naturaleza de los contratos administrativos quede a expensas de lo que determinen las leyes en la materia por haber dejado de considerar la naturaleza misma del contrato.

Como ya le esbocé líneas atrás, el autor Serra Rojas⁷³ es de la opinión de que todos los contratos que celebra la administración pública, deben regirse por el derecho público y que en realidad los contratos que celebra la administración pública, sujetos a derecho civil deben regirse por el derecho público, evitando incluso los reenvíos al derecho común, señalando que estos se hacen ante la insuficiencia normativa de las leyes administrativas, por lo que resulta tarea inconclusa del legislador "...el no apartarse de las instituciones públicas, elaborando el propio régimen jurídico que les corresponde." Ya que "...los contratos sujetos a

⁷² Castillo Velasco Del, José María, Op. Cit. Pág. 49.

⁷³ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Págs. 642 y 643.

Derecho Privado que celebra la Administración Pública Federal, se encuentra en nuestra legislación en una etapa de transición.”

El mismo autor⁷⁴ en comentario previamente y con relación a la teoría que nos ocupa señala lo siguiente “Cuando la Administración pública celebra un contrato, no estamos siempre en presencia de un contrato administrativo, sin embargo, *hay formas de contrato celebrados por la administración que son siempre contratos administrativos*. Tales son los casos siguientes:

a) *Contratos administrativos por determinación de la ley*. Cuando la ley emplea esta clasificación está predeterminado el régimen que le es aplicable, ...” Y si bien esto es cierto, también lo es que no con ello se define o señala la razón última de que ciertos contratos sean administrativos y no de otra naturaleza.

Sin embargo, Serra Rojas⁷⁵ señala que “El Estado define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no puede ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato no puede llamarse un contrato administrativo.” En descargo de esta afirmación sólo basta hacer una revisión muy breve de lo que ha pasado en la legislación de nuestro país, como ya quedo apuntado, para concluir que esta teoría debe desecharse.

1.2.5.5.- LA TEORÍA VOLUNTARISTA.

Esta Teoría, tal vez sin reflexionar en ello, sigue la tesis del derecho civil relativa a que la voluntad de las partes, es la ley suprema en los contratos, y partiendo de esa premisa, atribuye a ésta el poder de establecer el régimen jurídico al que se someterán los acuerdos de voluntades, ya sea que el acuerdo sea expreso o tácito, es decir, que del contenido de las cláusulas del contrato, se desprenda que las partes se someten a lo que establezca la legislación administrativa respecto de tal o cual punto, o en forma genérica en lo tocante al cumplimiento general de las obligaciones contraídas.

⁷⁴ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 640.

⁷⁵ Ídem., Pág. 641.

Esta tesis no es admisible para determinar la razón por la cual un determinado contrato es administrativo o no, ya que la voluntad de las partes puede ser caprichosa, así un contrato con contenido clásico de derecho civil, podría ser declarado como administrativo, sin que con su celebración el estado persiga el cumplimiento del interés público o la prestación mediata o inmediata de un servicio público o viceversa, es decir, que un contrato con contenido puramente administrativo, en el cual de su simple lectura se desprenda que el estado persigue el cumplimiento del interés público, las partes pudiesen determinar que se sujetan para su interpretación y cumplimiento a la legislación común. En ambos casos el derecho aplicable al fondo, a la naturaleza del acuerdo será la que corresponda a la naturaleza del contrato con independencia de que las partes hayan pactado la aplicación de tal o cual legislación, porque lo importante será la naturaleza intrínseca del contrato y no la legislación que las partes caprichosamente hayan acordado aplicar.

Sobre el punto de vista sostenido por la teoría en comento, tanto los autores Fernández Ruiz⁷⁶ y Berçaitz⁷⁷ citan que el Consejo de Estado Francés se ha pronunciado en el sentido de que si bien el acuerdo de las partes para establecer la jurisdicción competente en caso de controversia no puede ser el criterio predominante para establecer la naturaleza de un contrato, sí puede ser un claro indicio de cual fue el carácter de la convención celebrada por las partes.

1.2.5.6. TEORÍA DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.

Esta Teoría es atribuida al comisario de gobierno León Blum⁷⁸, en el caso *Société de Granits de Mille*, y en *Société de Granits Porfiroídes des Vosges*, al respecto Berçaitz⁷⁹ señala que éste, al resolver sobre el conflicto relativo a la naturaleza de un contrato estableció que tratándose de contratos, no conviene analizar el objeto perseguido con su celebración sino la naturaleza o esencia misma de ese contrato y así en caso de conflicto determinar la jurisdicción correspondiente y que para ello debe estudiarse si por ello únicamente una

⁷⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Págs. 75 y 76.

⁷⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit., Pág. 192.

⁷⁸ Ibidem. Págs. 198 y 199.

⁷⁹ Ídem. Págs. 204 a 206.

persona pública es la capacitada jurídicamente para su celebración, o si de las obligaciones contraídas entre las partes no se desprende que únicamente pueda celebrarlo una persona pública ya que con ello se develaría su naturaleza.

Líneas más adelante el mismo Berçaitz⁸⁰ señala que otros autores como Marc Reglade, Paul Matter, y Rivet hicieron algunos esfuerzos por precisar esta tesis relacionándola con el servicio público, pero sin éxito, debido a la imposibilidad de definir éste último, por lo que concluye que este criterio debe ser descartado para señalar que los contratos son administrativos por su naturaleza, ya que las decisiones a cerca de la naturaleza de los contratos ha sido errática.

El ya citado Fernández Ruiz⁸¹ al referirse a esta teoría señala que “De entrada, la teoría de Blum se antoja atractiva: que sea la esencia, la naturaleza misma del contrato la que defina, en su caso, su carácter administrativo si, y sólo si es de naturaleza administrativa, lo que se traduce en que sólo pueda celebrarse siendo una de las partes una persona pública, sin significar por ello que todo contrato suscrito por persona pública sea administrativo.” Sin embargo, el autor de mérito ⁸² señala que en realidad esta teoría sólo es “...una forma diferente de expresar la teoría de la cláusula exorbitante, habida cuenta que el contrato con cláusula inadmisibles en el derecho privado no puede ser celebrado entre particulares; por lo que damos por reproducidas las objeciones que expresamos al referirnos a dicha teoría.”

1.2.5.7.- LA TEORÍA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES.

Esta teoría fue acuñada por el Consejo de Estado Francés y consiste en señalar que serán contratos administrativos, todos aquellos en los que el estado imponga cláusulas que resultarían exorbitantes; es decir, inadmisibles en el derecho civil, por tanto, ilícitas, cuyo resultado sería que se tendrían por no puestas en el contrato de que se trate.

⁸⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit., Págs. 204 a 206.

⁸¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., Pág. 75.

⁸² Ibidem.

El autor Serra Rojas⁸³ define a las cláusulas exorbitantes afirmando que son "...una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular."

El mismo autor ⁸⁴ señala que en nuestro país, esta postura ha sido defendida por Alfonso Nava Negrete, de quien hace la siguiente cita: "La cláusula exorbitante, desde luego es una cláusula derogatoria del derecho común, no es posible en los contratos de derecho común, la imposibilidad deriva fundamentalmente en que ella viene a romper con el principio esencial de la igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles. Y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la administración poderes, o más bien prerrogativas frente a su co-contratante. Aparece la noción de prerrogativa en provecho de la Administración, como prerrogativa de fuerza pública, de la que no goza el co-contratante. Se habla así de prerrogativas exorbitantes."

Continúa la cita expresando: "Este régimen exorbitante se traduce en ciertos privilegios para la Administración pública, necesarios para la realización de sus fines. Por ello goza de prerrogativas y facultades superiores a las de los particulares. Por lo regular, la interpretación y aplicación del contrato lo hace la propia Administración."

El autor Berçaitz⁸⁵ define a las cláusulas exorbitantes diciendo: "No obstante, de manera general, pueden considerarse como tales aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica o invistiendo a su cocontratante frente a terceros, de atribuciones que son propias del poder público." Esta definición me parece más acertada, especialmente por lo expresado en su parte final, ya es ese otro efecto que producen de las cláusulas exorbitantes, especialmente en los contratos de concesión de servicios públicos que no es mencionado por otros autores.

⁸³ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 641.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 209.

Respecto del contenido de las cláusulas exorbitantes o en que consisten las prerrogativas a que se refiere Nava Negrete, los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁸⁶ citan a Dromi y afirman que: "Estas cláusulas otorgan ciertos poderes a los órganos administrativos, que los colocan en una posición de superioridad jurídica frente a su cocontratante, relacionados con el acto contractual para "a) Adaptarlo a las necesidades públicas, variando dentro de cierto límite las obligaciones del cocontratante (modificación unilateral y mutabilidad del contrato); "b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con restitución del cocontratante); y "c) Dejarlo sin efectos unilateralmente en caso de incumplimiento, cuando las necesidades lo exijan (rescisión contractual)."

En suma las denominadas prerrogativas del poder público en los contratos administrativos son los pactos en donde se plasman lo que hoy día se conocen como principios rectores del contrato administrativo a los cuales haremos referencia líneas más adelante. Así mismo, como lo afirma el autor Fernández Ruiz⁸⁷ debe destacarse "...que éstas pueden ser explícitas o implícitas; las primeras serán las que figuran expresamente en el clausulado del contrato; las implícitas o virtuales vienen a ser las derivadas de disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico a que se sujeta el contrato, las cuales forzosamente se tienen por establecidas en él, a pesar de no figurar en su texto."

En cuanto a las críticas hechas a esta teoría deben desecharse de plano todas aquellas que señalan que la naturaleza del contrato quedaría a voluntad del ente público en ejercicio de la función administrativa al decidir si incluye o no cláusulas exorbitantes, ya que como ha quedado aclarado éstas se tienen por incluidas en el contrato aún cuando no se hayan plasmado en sus cláusulas, es decir, independientemente de la voluntad del órgano del poder público que ejerza la función administrativa, prevalece lo que al respecto dicte la norma jurídica.

Sobre esta teoría, debe subrayarse el hecho de que cuando un contrato incluye cláusulas derogatorias del derecho civil o prerrogativas del poder público, o invista a su cocontratante

⁸⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 312.

⁸⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 76.

frente a terceros, de atribuciones que son propias del poder público, ya sea en forma expresa o tácita, se debe a que este es administrativo y que ello no puede ocurrir en un contrato regulado por el derecho civil, ya que en todo caso las cláusulas se tendrían por no puestas como afirma Fernández Ruiz⁸⁸ “En fin, el contrato administrativo, por el hecho de serlo, admite cláusulas inusuales o inadmisibles en el derecho privado, más no debe a ellas ese carácter, lo contrario significaría que los contratos serían administrativos a voluntad de las partes, por el hecho de acordar incluir en ellos cláusulas exorbitantes del derecho privado, cuando ya vimos que la teoría voluntarista que atribuye a la voluntad de los contratantes la calificación de un contrato como administrativo es infundada.”

1.2.5.8.- LA TEORÍA TELEOLÓGICA.

La Teleología es definida como la doctrina o teoría de las causas finales, y conforme a esta teoría, serán contratos administrativos o tendrán el carácter de administrativos aquellos que tengan una finalidad administrativa, es decir, que el objeto de estos contratos deberá cumplir con un fin concreto que ha de traducirse en la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, esto es, también de un servicio público, considerando a este en su acepción más amplia, la que indudablemente se identifica con el interés general.

Considerando lo anterior debe señalarse que este criterio tiene dos vertientes doctrinales, la primera es la que identifica a los contratos administrativos como aquellos cuya finalidad tiene que ver con la prestación de un servicio público y la que señala al interés público o a la utilidad pública como la causa de estos contratos. Ambas teorías son interesantes y tienen numerosos seguidores e incluso algunos autores las identifican como una sola.

El autor Español Fernando Garrido Falla⁸⁹ identifica como una sola esta postura al señalar cual es su criterio respecto de las teorías del servicio público y de las cláusulas exorbitantes al expresar: “Puestos entonces en el trance de tener que elegir entre estos dos criterios (supuesto que parecen no coincidir), resulta lógico que nos inclinemos por el que juega un

⁸⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 77.

⁸⁹ Garrido Falla, Francisco, Tratado de Derecho Administrativo, 9ª Ed, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989. Págs. 45 a 47.

papel principal: el criterio del objeto del contrato o del servicio público, que, por otra parte, es el que tiene una inmediata repercusión jurisdiccional en nuestro Derecho positivo. Pero en todo caso, es necesario que se tengan en cuenta las siguientes observaciones:"

"1ª Al hablar del servicio público como objeto del contrato administrativo, lo hacemos dando a estas expresiones el sentido más amplio posible, esto es, entendiendo que es contrato administrativo todo aquel en el que el interés público esté, en cierta manera, directamente implicado."

"2ª Puede decirse que esta en juego el interés público siempre que la administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente, que le concede simultáneamente poderes de ejecución."

"3ª Por consecuencia, no es que el contrato administrativo implique un título jurídico de habilitación de prerrogativas exorbitantes para una de las partes contratantes, la Administración, sino más bien ocurre que no pudiendo la Administración enajenar unas prerrogativas que previamente tiene conferidas por el Derecho, la peculiaridad del contrato consiste en que siempre habría que sobreentenderse en él una cláusula tácita (para el caso de que expresamente no se hagan las salvedades de rigor) que impide tal enajenación."

"4ª Por eso no tiene carácter administrativo, como regla, los contratos que la administración realiza respecto de objetos cuya gestión se ha encomendado a la Administración pública expresamente al amparo del régimen jurídico privado: por ejemplo, contratos sobre bienes patrimoniales o contratos celebrados por establecimientos públicos de carácter industrial o mercantil."

1.2.5.8.1.- VERTIENTE DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Este punto de vista doctrinal establece que será contrato administrativo todo aquel que tenga como finalidad la prestación de un servicio público. El origen de esta postura se encuentra en

las decisiones del Consejo de Estado Francés, quien en una serie de fallos determinó que ciertos contratos tenían el carácter de administrativos, debido a que su objeto estaba vinculado a la prestación de los servicios públicos. Tiempo después el mismo Consejo de Estado, estableció como criterio diferenciador de los contratos administrativos el de las cláusulas exorbitantes, dejando atrás, cuando menos en apariencia el criterio del servicio público, pero en 1956 emitió un fallo en el caso Bertin en el que vuelve a establecer como criterio determinante para establecer la existencia de los contratos administrativos el de la prestación de servicios públicos.

El detalle de este caso es comentado ampliamente por los autores Berçaitz⁹⁰ y Garrido Falla⁹¹. Éste último⁹² cita a De Laubadère quien respecto del criterio del servicio público dice: "Es necesario constatar que la noción de servicio público que emplea la jurisprudencia para definir el contrato administrativo, se corresponde con la definición más amplia que de él se da, es decir, con la de que es servicio público cualquier actividad que una colectividad pública ha decidido asumir por considerar que la realización de esta actividad era necesaria al interés general y que la iniciativa privada era insuficiente para realizarla adecuadamente. Recordemos que esta definición es la que puede llamarse clásica, la que fue expuesta y adoptada por los comisarios del gobierno y por el propio Consejo de Estado en la época en que se formó en Francia la teoría del servicio público."

Como ya se mencionó esta fue sustituida por su creador, el Consejo de Estado Francés, al formular la teoría de las cláusulas exorbitantes y es criticada debido a la inexistencia de un concepto único de servicio público, el multicitado tratadista Berçaitz⁹³ considerando lo ya expuesto por Péquignot señala que "El criterio del servicio público se apoya en un concepto demasiado discutido, lato, mudable, equívoco. En efecto, el servicio público ni siquiera ha sido definido de manera aproximadamente uniforme por los autores. Y es justamente este el punto de partida para todas las críticas que se han enderezado contra esta teoría creando uniformidad en diversos autores. Así, Fernández Ruiz⁹⁴ expresa así el resumen de críticas a

⁹⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 217 y 218.

⁹¹ Garrido Falla, Fernando, Op. Cit. Pág. 43.

⁹² Ídem. Pág. 46.

⁹³ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 199.

⁹⁴ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 77.

esta postura: "... se le censura su imprecisión derivada de la diversidad de criterios para determinar el concepto de servicio público, así como su exclusión de contratos tan evidentes como el de obra pública." En el mismo sentido se expresan los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁹⁵.

1.2.5.8.2.- VERTIENTE DE LA UTILIDAD PÚBLICA.

Esta vertiente de las teorías teleológicas, considera que han de identificarse como contratos administrativos, todos aquellos que sean celebrados por el estado, principalmente por la administración pública, cuyo fin último consista en la satisfacción un fin de utilidad pública. Pero su gran problema se encuentra justamente en dicho término el de utilidad pública, toda vez que al igual que en el caso del servicio público nos encontramos ante un concepto que incluso resulta mucho más amplio y ambiguo, lo cual impide contar con un criterio de distinción que permita identificar sin lugar a dudas a un contrato administrativo entre otros.

Respecto de la imprecisión o ambigüedad del término se expresan Fernández Ruiz⁹⁶, los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁹⁷, como también lo hace el jurista argentino Juan Carlos Cassagne⁹⁸, quien incluso indica que algunos contratos celebrados por particulares "...persiguen fines directos de utilidad pública y pertenecen, no obstante, al ámbito de la función pública."

1.2.5.8.3.- VERTIENTE DEL INTERÉS PÚBLICO.

Esta teoría, es, sin duda, una de las más atractivas debido a que afirma que los contratos administrativos lo son por perseguir una finalidad de interés público y fundamentalmente tiene dos grandes expositores, Jorge Héctor Escola, de Argentina, y Gaspar Ariño Ortiz, de España. Al primero de ellos se debe el desarrollo de esta teoría, valga la redundancia, en un plano totalmente teórico o conceptual, y al segundo, la demostración histórica, basada en el

⁹⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 313.

⁹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 78.

⁹⁷ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 314.

⁹⁸ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, 1ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999. Pág. 18.

hecho de que dependiendo de las circunstancias sociales, económicas, históricas etc., un Estado puede determinar que cierto o ciertos contratos, se tornen administrativos, y debido a que en un momento histórico determinado resulta indispensable tengan como finalidad la satisfacción y el logro del interés público, esto, con independencia de que aquellos que siempre lo han sido igualmente cumplan con esa finalidad, como lo es el caso de los contratos de obra pública, de prestación de servicios públicos, etc., toda vez que en esos casos siempre se estaría en el supuesto planteado.

Respecto de esta teoría los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁹⁹ señalan: "Este criterio resulta más exacto que los anteriores, en cuanto que el concepto de interés público es más amplio que los de servicio público y utilidad pública, puesto que involucró todas aquellas situaciones que no quedan comprendidas en los restringidos conceptos antes señalados."

El autor argentino Escola¹⁰⁰, en su Compendio de Derecho Administrativo, reconoce que el término de interés público no tiene una connotación única y universal, pero que por otra parte presenta límites claramente definidos por lo que basta el uso de una terminología adecuada para evitar los malos entendidos o interpretaciones imprecisas y señala el autor "De ahí que después de analizar todas las expresiones citadas, nos ha parecido más correcto utilizar, para referirnos a la noción que ahora nos ocupa, el vocablo "interés público" en el cual se perfila: a) un interés, o sea un provecho, utilidad o valor, que en sí tiene una cosa, una conveniencia o necesidad en el orden moral o material; y b) la circunstancia de que ese interés es el interés público y no cualquier otro, siendo público aquello que pertenece al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en sentido lato."

Prolonga su exposición del autor argentino en comentario diciendo: "Son muchas las consideraciones que la doctrina ha hecho con ese propósito, y en tal virtud del examen de todas ellas es que se puede sostener, con fundamento, que el interés público consiste y es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en

⁹⁹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 314.

¹⁰⁰ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo. Op. Cit. Págs. 612 a 614.

comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo.”

“Este último concepto adquiere especial importancia, pues completa la idea común que se acepta del interés público, adicionándole aquellos supuestos, de gran trascendencia en nuestra vida moderna, en que no se puede hablar, con exactitud, de una suma mayoritaria de intereses individuales coincidentes, sino de la existencia de un interés de la propia comunidad, como tal en el cual a cada individuo le es dable escindir su propio interés, pero como componente e integrante de aquella comunidad.”

El mismo autor ¹⁰¹ pero en su obra titulada “El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo”, concluye en que los contratos administrativos al ser parte de la actividad administrativa tienen como finalidad es el logro del interés público y que es ella la que define su naturaleza jurídica y las consecuencias que les son inherentes, siendo esta la razón de que siempre en éstos acuerdos de voluntades una de las partes sea uno de los poderes del Estado o un ente público, en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, complementaria Juan Carlos Cassagne como veremos adelante, lo cual justifica las formalidades a que está sujeta su celebración, las estipulaciones que los integran y explican la razón de porque las más de las veces el órgano jurisdiccional responsable de solucionar las controversias surgidas en torno a ellos es la contencioso administrativa .

Ante lo expuesto cae por si misma la crítica que se ha hecho a esta postura en el sentido de que el término de interés público es vago y ambiguo, tanto como el de servicio público o el de utilidad pública, así como la afirmación hecha por Fernández Ruiz¹⁰² de que “... la sola finalidad de interés público no basta para dar diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que los contratos celebrados entre particulares, y por tanto de derecho privado, también pueden tener tal finalidad; ...”, ya que a ello sólo hay que decir que ningún particular tiene como obligación fundamental el logro del interés público, y que en todo caso, esos contratos privados que persiguen el interés público, no tienen las

¹⁰¹ Escola, Héctor Jorge, El Interés Público como fundamento del derecho administrativo Op. Cit. Págs. 160 y 161.

¹⁰² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 79.

características y perfiles que integran y conforman a los contratos administrativos y menos aún lo hacen profesionalmente, ya que esa es la labor diaria de todos los poderes estatales y de los organismos con autonomía constitucional el logro del interés público.

En ese sentido se ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la siguiente jurisprudencia:

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS. La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.

Juicio ordinario civil federal 1/2000. Jesús Guillermo Puente Cutiño. 20 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2001, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de marzo de dos mil uno.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Abril de 2001. Tesis: P. IX/2001. Página: 324.”

Por su parte, el español Gaspar Ariño Ortiz¹⁰³ en su artículo "Contrato y Poder Público. La Figura del Contrato Administrativo en el Derecho Español y Europeo." Hace un análisis histórico del contrato administrativo, tanto en España como en Francia, de la venta de los bienes declarados nacionales relatando como la venta de uno de ellos había sido anulada después de una apelación el Consejo de Estado Francés declaró la incompetencia del tribunal para conocer de asuntos que resultaban de la exclusiva competencia de éste.

La narración continúa describiendo que en la apelación hecha ante el tribunal de apelación se alegó la incompetencia del juez de origen en razón de la materia y que por tanto este debía abstenerse de conocer del asunto y enviar de oficio el asunto para conocimiento de la autoridad administrativa y que si bien algunos autores como Laferrière alegan cuestiones políticas y nacionales para el sentido del fallo, alzando severas críticas al Consejo de Estado, autores como H. Berthélemy explicaron con gran claridad el sentido político del asunto, al señalar que si bien la incorporación de dichos bienes al dominio público fue una mediada política, la necesidad de dar certeza jurídica a las operaciones de venta de los mismos, por lo que determinó que las mismas estuvieran libres de todo gravamen, dejando a salvo los derechos de los titulares para demandar al estado por los daños sufridos por su desconocimiento como propietarios de los mismos, además de la importancia económica, fiscal, y de fomento de la riqueza que ello tenía para el estado, pues era una forma de hacerse de recursos financieros a largo plazo y de garantizar las inversiones realizadas en la compra de bienes inmuebles. Señalando que una situación análoga se vivió en España con motivo de la desamortización y venta de bienes nacionales.

Por último el autor de referencia señala que el jurista español Eleuterio Delgado estableció que la competencia de la administración para este caso fue norma y no excepcional, a igual que la legislación que reguló el caso, aún cuando, por la época no deja de señalar que se trataba de asuntos de naturaleza civil. En iguales términos el autor hace una reseña histórica del contrato de suministros tanto en Francia como en España destacando que las condiciones sociales y económicas de la época determinaron el surgimiento de necesidades de interés público, para que los contratos de suministro para los ejércitos de ambos países

¹⁰³ Ariño Ortiz, Gaspar, Op. Cit. Págs. 867 y siguientes.

estuviese regido por normas de Derecho Administrativo y que las controversias surgidas con motivo de la interpretación y cumplimiento de los mismos fuese del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, atendiendo a la agilidad y especialidad de los procesos.

Gaspar Ariño Ortiz ¹⁰⁴ concluye con exposición diciendo: "Baste lo dicho hasta aquí para concluir que el contrato administrativo *no es de naturaleza esencial*, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial. Es inútil, por tanto, pretender determinar la esencia del contrato administrativo en abstracto. La calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico político del momento. Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativas. El contrato administrativo no es una esencia, sino una "existencia" histórico jurídica. Por ello, se les rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos. Este régimen se caracterizará por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público que se busca (que pasa por encima de la estricta relación bilateral), por una mayor capacidad de decisión para una de las partes –que asume la potestad de dirección- a lo largo de la vida del contrato, por una mayor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal y finalmente por una mayor protección de la institución frente a terceros."

Ante lo afirmado por el autor sólo vale decir, que ya habíamos apuntado que los fines del estado son cambiantes, dependiendo del momento histórico de que se trate y del estado mismo a que se haga referencia, pero sin duda las características esenciales del contrato administrativo devienen de su finalidad la consecución o logro de interés público, que para el estado está determinado por su momento histórico.

¹⁰⁴ Ariño Ortiz, Gaspar, Op. Cit. Pág. 891.

1.2.5.8.4.- VERTIENTE DE LOS FINES PROPIOS O ESPECÍFICOS DEL ESTADO.

Esta teoría es expuesta por el Profesor Argentino Miguel S. Marienhoff¹⁰⁵, quien establece la existencia de los contratos administrativos por dos razones. La primera es su objeto, siendo en este supuesto norma que estos acuerdos incluyan cláusulas exorbitantes de derecho civil. La segunda es aun cuando el objeto no determine la naturaleza administrativa del contrato, esta lo estará por incluir cláusulas exorbitantes del derecho privado. El autor en cita, distingue ente contratos administrativos de colaboración y de atribución. A los primeros los identifica como aquellos en que la prestación debida por el cocontratante de la administración, se relacione directa e inmediatamente con alguna de las funciones esenciales o específicas del estado. A los segundos, los señala como aquellos en que la prestación a cargo del estado se refiera a un objeto que, dentro de lo jurídicamente posible, como acto convención, o contrato, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares. Trata de especificar el autor, que la prestación debida por el cocontratante de la administración, debe tender a cumplir los fines de la prestación que es a su cargo, no siendo necesario que la otorgue personalmente, y basta con que haga posibles los fines propios y específicos del Estado, pero tampoco es necesario que el fin contribuya a la prestación de un servicio público.

Sobre esta postura Berçaitz¹⁰⁶ señala: “El criterio definitorio de Marienhoff se basa sustancialmente en que el “objeto” del contrato sea de colaboración o de atribución. En el primero se trata de las funciones esenciales del Estado. En el segundo, de la imposibilidad de que pueda ser un contrato entre particulares. En ambos casos, a nuestro modo de ver, no parece aprehendido correcta e inequívocamente el criterio que sirve para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho privado.” Por su parte Juan Carlos Cassagne¹⁰⁷ critica esta postura al señalar que simplemente resulta insuficiente para abarcar todas las categorías de contratos administrativos y con certeza indica que “Se trata de un

¹⁰⁵ Marienhoff, Miguel S., Op. Cit. Págs. 53 a 94.

¹⁰⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 216 y 217.

¹⁰⁷ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op Cit. Pág. 21.

concepto jurídico indeterminado que, en algunos supuestos, resulta carente de precisión no obstante la utilidad que pueda tener para resolver determinadas situaciones contractuales.”

1.2.5.9.- TEORÍA DE LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES.

Esta teoría tiene su punto de partida en la división clásica del derecho en público y privado, y el resultado de las normas que resultan aplicables a quienes contratan con sujeción a unas y otras normas, estableciendo que la relación según el caso será de coordinación y de supraordinación teniendo esta su correspondiente subordinación. Las primeras relaciones las de coordinación las partes están en un plano de igualdad, es decir, se regulan por el derecho común o civil. Mientras tanto, en las relaciones en una de las partes se encuentra en un plano de supraordenación y la otra en el de subordinación, es claro que las partes se encuentran en diferentes planos, dado que una de ellas está en un plano superior por lo que estas relaciones se regula por el derecho público y por tanto el contrato será administrativo.

La crítica fundamental a esta postura estriba en que en una relación contractual, la subordinación de una de las partes a la otra, también es dable por vías e hecho en los contratos regidos por el derecho civil, ya que las más de las veces una de las partes impone la forma y condiciones del contrato mediante los llamados contratos de adhesión, y por tal circunstancia este criterio no puede ser distintivo de los contratos administrativos, respecto de los civiles.

Sobre este particular Fernández Ruiz¹⁰⁸ expone: “Esta teoría de la subordinación o de la desigualdad de las partes es combatida con el argumento de que en los contratos de derecho privado, cuales son los de adhesión, las partes también se sitúan en planos desiguales que implican subordinación de una a favor de la otra; además de que en los contratos administrativos celebrados entre organismos descentralizados, por ejemplo, las partes se ubican en un plano de igualdad, a través de una indiscutible relación de coordinación y no de supra a subordinación.” Sobre esta última parte no estamos de acuerdo, ya que en general los contratos interadministrativos, pueden erigirse como punto de

¹⁰⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 80.

crítica para cualquier postura doctrinaria, esto en razón de que son atípicos respecto del común de los contratos administrativos propiamente dichos, así por ejemplo tampoco cuentan con cláusulas exorbitantes de derecho común etc.

1.2.5.10.- TEORÍA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CAUSA FIN DEL CONTRATO.

Esta teoría es expuesta por Juan Carlos Cassagne, primero en su intervención en la obra colectiva *Contratos Administrativos*¹⁰⁹, ya citada, específicamente en el artículo "Los Contratos Administrativos de la Administración Pública", después en su obra *Cuestiones de Derecho Administrativo*¹¹⁰, y más recientemente en su obra *El Contrato Administrativo*¹¹¹.

Después de hacer un análisis de todas las teorías que pretenden caracterizar al contrato administrativo el autor en cita¹¹², señala que de ellas se desprende la existencia de algunas coincidencias, la primera consiste en que una de las partes del contrato administrativo siempre ha de ser la Administración pública, y la segunda, que en todos los casos se reconoce la existencia de un régimen jurídico exorbitante del derecho común. Sobre la base de lo anterior establece¹¹³ lo siguiente: "Así la finalidad sustantiva o de interés público relevante del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico y exorbitante del derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Se configuran de esta manera, contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: ejecutivo, legislativo y judicial y no sólo cuando la Administración sea parte." Debiendo añadir a lo anterior que también lo son cuando una de las partes lo es un organismo con autonomía constitucional u otro poder distinto del ejecutivo, como el Consejo de la Judicatura Federal o el legislativo.

¹⁰⁹ Cassagne, Juan Carlos, artículo Los Contratos de la Administración Pública (distintas categorías y regímenes) Op. Cit. Págs. 20 a 42.

¹¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, 1ª Edición, Deplama, Buenos Aires Argentina, 1987. Págs. 71 a 101.

¹¹¹ Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Op Cit. Pág. 21.

¹¹² Cassagne, Juan Carlos, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Op. Cit. Pág. 81.

¹¹³ Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Op. Cit. Págs. 22 y 23.

Posteriormente el autor de referencia señala que las cláusulas exorbitantes resultan insuficientes para caracterizar el contrato administrativo y el criterio por él sustentado permite distinguir a los entes del estado en ejercicio de la función administrativa de cuando los mismos ejercen otra como la industrial o comercial e indica: ¹¹⁴ "... Y esa causa fin comprende tanto aquellas contrataciones orientadas a un fin público específico y directo como a las que tienen por objeto cosas o bienes instrumentales pertenecientes al derecho administrativo (v. gr. Dominio público)."

Continúa su exposición el autor Argentino¹¹⁵ afirmando que conforme a lo sustentado los contratos serán administrativos en razón de su objeto o fin cuando su contenido pertenezca a la función administrativa a la cual equipara a la teoría francesa del servicio público sostenida por la doctrina y jurisprudencia de ese país, agregaría yo, que también al concepto de interés público expuesto por Héctor Jorge Escola, "... o a la del giro o tráfico de la Administración. A su vez, el fin público relevante y asumido por el derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto o bien a la función administrativa aunque la contratación persiga una finalidad inmediata (v.,gr. contratos de uso del dominio público)."

Extiende su exposición Cassagne¹¹⁶, e ilustrando el criterio clasificador moldeado por el que fuera su maestro expresa: "Por ese motivo, los distintos tipos y denominaciones de los contratos que se celebran para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración) o para distribuir ventajas propias de la justicia distributiva (contratos de atribución) prácticamente son los mismos que en la concepción del servicio público, elaborada por la jurisprudencia francesa (concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc.) y así acontece también en la reciente legislación española sobre contratos públicos de 1995."

Para terminar de exponer su teoría, el tratadista que nos ocupa, ¹¹⁷ hace un señalamiento fundamental, con el que, en nuestra opinión, en mucho acerca su punto de vista, al expuesto

¹¹⁴ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 22 y 23.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

por Gaspar Ariño Ortiz, ya citado líneas arriba, al señalar: “En esa línea, el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable, en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad de utilizarlo como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el cual se reconozcan, en forma orgánica y sistematizada, las prerrogativas del poder público que posee la Administración a su favor (v.gr. modificación unilateral del contrato) que nunca pueden ser prerrogativas implícitas. La presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio. No se debe confundir, en consecuencia “régimen exorbitante” con cláusula exorbitante, la cual depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento.”

1.2.5.11.- LAS TEORÍAS ECLÉCTICAS.

El eclecticismo según el diccionario es la escuela filosófica que procura conciliar doctrinas que parecen mejores o más verosímiles. En derecho sucede igual. Y respecto de la existencia de un carácter o aspecto que permita determinar la existencia de los contratos administrativos, pero también distinguirlos, en forma indubitable de los reglados por el derecho privado se han planteado no una sin varias posturas eclécticas.

Así por ejemplo, los autores Andrés Serra Rojas de México y José Roberto Dromi de Argentina, adoptan una tesis ecléctica tácita, en sus obras, ya que se limitan a exponer que las teorías dominantes respecto de la determinación del carácter administrativo de los contratos son las cláusulas exorbitantes y la del servicio público, pero evitan externar su inclinación por alguna de ellas. Alfonso Nava Negrete citado por Fernández Ruiz¹¹⁸ señala: “No hay desde luego un criterio único. Son por el contrario diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado. Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son aplicables al

¹¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 80.

medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son:

- 1º Por determinación de la ley.
- 2º Por libre voluntad de las partes.
- 3º Por el objeto o naturaleza misma del contrato.”

El mismo Fernández Ruiz¹¹⁹ adopta una postura ecléctica y señala que, a su juicio, para determinar si un contrato, en específico, es administrativo será necesario que reúna las siguientes características:

- a) Una de las partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa.
- b) Su celebración observe formalidades especiales.
- c) Su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no contrarias al derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y, por tanto, imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares;
- d) Tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público; o el logro del interés público o de la utilidad pública, y
- e) Las controversias que suscite sean de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.”

Respecto de lo anterior, creo conveniente señalar que con el inciso a) prácticamente adopta el punto de vista de Cassagne en cuanto a la función pública, sin embargo, el criterio de este autor no es mencionado ni explicado en su obra; en cuanto al inciso c), es decir, que el contrato contenga cláusulas exorbitantes del derecho privado, junto con él debemos recordar que estas pueden ser implícitas y no por ello el contrato dejaría de ser administrativo; y en respecto de inciso e) relativo a la jurisdicción, cuando menos en México, hasta la fecha muchas controversias suscitadas con motivo de la interpretación y cumplimiento siguen siendo conocidas por tribunales con competencia civil, ya que no en todos los casos se otorga esta a tribunales con especialidad en Derecho Administrativo.

¹¹⁹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 81.

1.2.5.12.- NUESTRA OPINIÓN.

Después de conocer todas las opiniones que se han vertido para establecer el criterio distintivo de los contratos administrativos, llegamos a la conclusión que nuestro punto de vista también es ecléctico, ya que, por una parte, creemos junto con Juan Carlos Cassagne que los contratos administrativos sólo pueden ser celebrados por entes de derecho público en ejercicio de una función administrativa desde el punto vista material u objetivo y sujetándose a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuya consecuencia fundamental es la señalada por Berçaitz, es decir, que el cocontratante queda en un estado de subordinación jurídica frente al órgano estatal que celebró el contrato; y junto con Jorge Héctor Escola, Gaspar Ariño Ortiz, y el propio Cassagne, que tengan como finalidad el logro o la consecución del interés público, el cual, habrá de ajustarse a las circunstancias sociales, políticas, históricas y culturales de un momento histórico determinado, para la sociedad de que se trate. Por supuesto no consideramos propio el repetir los conceptos que los autores en comento han desarrollado, ya que en su momento fueron expuestos en este trabajo y por tanto a ellos nos remitimos.

1.3.- LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Para definir el contrato administrativo como señala Fernández Ruiz¹²⁰ "..., además de aplicar las reglas fundamentales de toda definición, analizar sus caracteres esenciales, sus principios rectores, sus elementos indispensables y sus requisitos de validez, a fin de tener un panorama completo de su género próximo y un detalle preciso de su diferencia específica." Con esta postura estamos de acuerdo en la primera parte, es decir, en que la descripción de las características esenciales y la definición de sus principios rectores, bien puede conducirnos a la definición de contrato administrativo, en la segunda no, debido a que ello simplemente implica la formulación de un estudio dogmático de la figura de que se trate y por cuestiones metodológicas y para efecto de evitar repeticiones inútiles, eso lo haremos en el capítulo correspondiente al contrato que en especial nos ocupa. Sobre este particular,

¹²⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 83.

Berçaitz¹²¹ señala que una vez determinada la existencia de los contratos administrativos su definición resulta científicamente indispensable y puntualiza “Si existen “contratos administrativos”, como especie del género “contrato”, no hay duda de que han de poder ser definidos como algo distinto de la especie “contratos de derecho privado.”

Así mismo, considerando cual o cuales sean los aspectos que para cada autor o tratadista sean los determinantes para considerar que un contrato es o no administrativo, la definición forjada estará guiada por ese o esos aspectos determinantes, es por ello que existen tantas definiciones de contrato administrativo, como autores que se han esforzado por establecer un criterio de distinción. En ese sentido consideramos que resultaría excesivo repetir todas y cada una de las definiciones que sobre el particular se han forjado, especialmente si en los más de los casos hemos señalado que tal o cual criterio de distinción no resulta el idóneo para calificar de administrativo a un contrato.

En consecuencia con lo anterior, el desarrollo que haré consistirá en detallar los caracteres esenciales y los principios rectores del contrato administrativo, de conformidad con lo señalado en el punto que antecede, para así formular una definición de contrato administrativo que describa sus aspectos esenciales y de ser necesario sus principios rectores, de modo tal, que a través de ella, nos sea posible distinguir cualquier contrato de esa naturaleza frente a cualquier otro.

1.3.1.- CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Así las cosas, iniciaré por señalar uno a uno los caracteres o elementos esenciales que hemos observado en los contratos administrativos, siendo éstos los siguientes:

1º El contrato debe ser celebrado cuando menos por un órgano del estado, ya sea que pertenezca al poder ejecutivo, legislativo, judicial o por un órgano con autonomía constitucional y uno o varios cocontratantes.

¹²¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 219.

2º El órgano del estado que lo celebre, debe encontrarse en ejercicio de la función administrativa, definida ésta desde el punto de vista material u objetivo ¹²² "cuyas notas esenciales son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de derecho público las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común."

3º El contrato, y por tanto, las partes que en él intervienen, deben estar sujetas a un régimen jurídico que resulta exorbitante respecto del derecho común.

4º El objeto del contrato debe perseguir una finalidad de interés público, ello con independencia de que a su vez cree, modifique, transmita o extinga derechos y obligaciones específicos para las partes.

5º La finalidad de interés público presentará variaciones en su contenido y alcances de conformidad con el estado de que se trate, y el momento histórico a que se haga referencia, por lo que el interés público no es inmutable, presentando variaciones de estado a estado y de conformidad con su devenir histórico.

6º Como resultado de la relación contractual, el cocontratante del órgano estatal se encontrará en una situación de subordinación respecto de su contraparte.

Además de lo anterior, otros autores distinguen elementos tales como la juridicidad, la bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado y en especial su finalidad.

1.3.1.1.- JURIDICIDAD.

La juridicidad es explicada como la capacidad del contrato de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones entre las partes contratantes, cualidad de la que participan todos los contratos, sean administrativos, civiles, mercantiles o laborales, etc. El acto volitivo de las partes en el contrato administrativo ha de identificarse como el acuerdo voluntario de ambas para establecer una situación jurídica entre ellas y que en ocasiones tiene efectos jurídicos para terceros.

¹²² Cassagne, Juan Carlos, Cuestiones de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 81.

En el caso específico de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa en sentido material u objetivo, realizan actos que dependiendo de si producen efectos jurídicos o no serán clasificados como actos administrativos o actos interadministrativos o de trámite que no generan efectos jurídicos directos para terceros, como el caso de los informes u opiniones que para diversos fines emiten los órganos de mérito. En el caso del contrato administrativo el acto emanado de un órgano estatal para crearlo es sin duda un acto administrativo que crea efectos jurídicos al momento de unirse a la voluntad libremente expresada del cocontratante. Generalmente la expresión de la voluntad de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa en el sentido material u objetivo esta reglada y debe emitirse previo cumplimiento tanto del procedimiento, como de las formalidades establecidas para el caso.

1.3.1.2.- BILATERALIDAD.

Hablar de este tópico parece ir más allá de los linderos de este estudio, pero debemos recordar que todo contrato administrativo debe contar cuando menos con dos partes, una de ellas debe ser cuando menos un órgano del estado en ejercicio de la función administrativa entendida ésta en sentido material u objetivo, pero también pueden intervenir varios de ellos formando una de las partes, y la otra u otras, también pueden serlo uno o varios particulares a quien, para designarlo o referirse a él, se califica de contratista las más de las veces.

La celebración del contrato administrativo siempre tendrá como consecuencia la creación de obligaciones mutuas y recíprocas para ambas partes, lo cual desde ese punto de vista los clasifica como sinalagmático, dado que las partes adquieren el carácter de acreedores y deudores en forma recíproca.

1.3.1.3.- DESIGUALDAD DE LAS PARTES

Como ya lo ha dicho Berçaitz¹²³ uno de los aspectos o caracteres que identifican al contrato administrativo resulta ser la existencia de una relación de subordinación en razón de que el

¹²³ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 226 a 229.

derecho reguló un deber y un poder de cierto contenido entre personas determinadas; que dicha relación puede ser de coordinación o de subordinación significando esto último sujeción, o sea, un vínculo establecido entre dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior, lo cual en la generalidad de los casos opera en forma unilateral, es decir, por imposición del estado, mediante los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo esta la típica relación gobernado – estado, pero que también esa relación de subordinación se da mediante el concurso o participación voluntaria de los particulares que se obligan frente al estado en una relación de carácter contractual.

Puntualiza el autor en cita que la desigualdad entre las partes contratantes es de derecho, es jurídica, en razón del poder de que se encuentran investidos los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa, vista ésta en aspecto material u orgánico, con el contenido señalado por Cassagne. Así mismo señala que la subordinación no es personal sino de contenido patrimonial; que son los bienes afectados por el contrato, la actividad o las cosas puestas al servicio de los fines estipulados en él, los beneficios que de su empleo pueden obtenerse o se pacta que serían obtenidos.

Así junto con Berçaitz y Cassagne podemos afirmar que el cocontratante de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u orgánico, persigue evidentemente una finalidad económica que es colocar su capital y obtener un provecho pecuniario de ello. Los órganos del estado por su parte persiguen el cumplimiento de finalidades de interés público con la connotación dada a este término por Jorge Héctor Escola y por tanto el fundamento de la relación de subordinación entre el órgano del estado en ejercicio de la función administrativa descrita esta desde el punto material u orgánico es el interés público mismo que ésta regulado por el derecho, es esto, lo que coloca al ente estatal contratante en una posición de superioridad y al cocontratante en una posición de subordinación, de ahí nacen las prerrogativas de los órganos estatales que resultan exorbitantes respecto del derecho privado.

1.3.1.4.- RESTRICCIÓN EN LA LIBERTAD DE LAS PARTES.

Desde mi punto de vista, la voluntad de las partes en el contrato administrativo está restringida por efecto de estar sujeta al derecho. Efectivamente, en el caso de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa, contrario a quienes afirman que tiene tanta libertad de contratar como cualquier particular, la verdad es que en todo momento su voluntad esta regulada por el derecho, esto es, el imperio del principio de legalidad aplicado a la autoridad funge con toda su fuerza y todo aquello que no esta expresamente autorizado por el ordenamiento legal está prohibido.

Ejemplo de lo antes dicho es que: En la planeación, programación y presupuestación de los contratos administrativos los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa han de cumplir con los objetivos y metas fijados a través del Sistema de Planeación Democrática, esto es, el Programa Nacional de Desarrollo, los programas sectoriales, institucionales etc., y de lo establecido año con año en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

En cuanto a la contratación las normas positivas establecen los procedimientos a seguir para que cada órgano del estado en ejercicio de la función administrativa exprese su voluntad, estos son la licitación pública, la licitación por invitación directa, la adjudicación directa por monto o como procedimiento de excepción a la licitación pública por existir una causal específica. Respecto de la formulación del contrato, de la determinación de su contenido, la normatividad ha adoptado dos posturas una consiste en obligar a los órganos del estado a usar un modelo determinado de contrato, en el que prácticamente sólo hay que llenar los espacios vacíos conforme a lo señalado por un instructivo, o bien, la norma jurídica establece cual debe ser el contenido mínimo de los contratos dejando al ente contratante la facultad discrecional de incluir otras cláusulas que considere necesarias.

Respecto del cocontratante de los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa, su libertad queda restringida a la aceptación o rechazo de las condiciones establecidas en el pliego de condiciones respectivo o bases de contratación y a aceptar los términos y condiciones determinados en el clausulado del contrato, sin que tenga la libertad

de expresar su opinión a cerca de su contenido y términos en que fue redactado. Por lo que hace a la subcontratación y la cesión de derechos, por parte del cocontratante, este también tiene limitada su libertad para realizar tales actos, toda vez que en el caso de la subcontratación esta sólo se permite excepcionalmente, cuando ello acontece, la autorización es restringida respecto de partes específicas de las obligaciones contraídas, nunca de todas las obligaciones a cargo del contratista, esto, en razón de que los contratos administrativos son celebrados *intuitu personae*, es decir, en atención a la capacidad técnica, financiera, económica, experiencia y demás cualidades que acredita durante el proceso de contratación. En igual sentido, en términos generales, la cesión de derechos sólo se permite excepcionalmente respecto de los derechos de pago bajo ciertas condiciones.

1.3.1.5.- LA PREPONDERANCIA DEL INTERÉS PÚBLICO.

Como ya quedo señalado, sin lugar a dudas en los contratos administrativos existe y se denota la preponderancia del interés público y ello se debe al ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, por cualquiera que sea el ente del estado que celebre el contrato, esto es reconocido por los principales tratadistas en el ámbito internacional, aun cuando un parte importante de ellos no utilicen expresamente el término de interés público y para ello utilicen locuciones diferentes, pero con la misma significación, ejemplo de ello es la expresión de servicio público en sentido lato, la satisfacción de las necesidades colectivas, la causa fin, etc.

Sin lugar a dudas Héctor Jorge Escola¹²⁴ es el principal expositor de esta tesis quien en el libro dedicado a este tema expresa: “Un análisis más detenido de la cuestión, permite comprobar que los contratos administrativos, siendo como son una parte o una forma de la actividad administrativa, tienen una finalidad específica y propia, distinta de la que es inherente a la generalidad de los contratos de derecho privado, y que no es otra que la satisfacción y el logro del interés público, de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad, precisamente, la que les da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que les son específicos.” Para tal efecto habrá que estar a lo definido por el

¹²⁴ Escola, Héctor Jorge, El Interés Público como fundamento del derecho administrativo, Op Cit. Pág. 160.

autor como interés público, lo cual ya ha sido expuesto en este trabajo, por lo que para efecto de evitar repeticiones no remitimos a lo expuesto.

Es pues la satisfacción del interés público la columna vertebral del concepto de contrato administrativo, sin embargo, sobre este punto debemos tener presente lo apuntado por el español Gaspar Ariño Ortiz y por el argentino Juan Carlos Cassagne en el sentido de que el interés público es esencialmente dinámico e históricamente variable en función de que se encuentra íntimamente ligado al concepto de función pública la cual tendrá variaciones en un mismo Estado, dependiendo del momento y circunstancias históricas que este enfrente y de estado a estado dependiendo del régimen a que este sujeto.

1.3.1.6.- RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO Y EXORBITANTE RESPECTO DEL DERECHO PRIVADO.

En este punto quien ha hecho el señalamiento más claro y específico es el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne, quien al hacer la exposición de su teoría de la función administrativa y la causa fin del contrato administrativo, expone como ya quedó apuntado que el contrato administrativo se encuentra sujeto a un régimen jurídico específico en razón de que este tipo de contratos son celebrados por órganos del estado, cualquiera que sea el poder a que pertenezcan (ejecutivo, legislativo, judicial u órganos constitucionales autónomos), en ejercicio de la función administrativa, en sentido material u objetivo, dado que sólo bajo esa circunstancia estará persiguiendo una finalidad de interés público y sólo así se justifica la inclusión de cláusulas que resultan exorbitantes respecto del derecho civil o privado.

Por esa razón, y porque en la aplicación del principio de legalidad no debe hacerse distinción alguna, las autoridades estatales en ejercicio de la función administrativa debiesen estar sujetar a normas únicas cuando menos por tipo de contrato, ya que no ha sido posible su codificación y unificación normativa, y no debiesen existir distintas soluciones o normas a aplicar por tipo de contrato, argumentando que se afecta la soberanía o autonomía de tal o cual poder u organismo constitucional autónomo, para efecto de que los contratos

administrativos de cierta tipología se sujeten a un régimen jurídico único y específico que resulta exorbitante, respecto del Derecho Civil, en virtud de que ese derecho, es Derecho Público y las autoridades están obligadas a ceñir sus actos a él, siempre que se encuentren en ejercicio de la función administrativa y ello no implique violación alguna a su soberanía o autonomía, por lo que cuando más bastarán acuerdos generales que establezcan los límites jurídicos para su respeto.

Pero volviendo al tema, debe tenerse presente que es el ejercicio de la función administrativa conceptuada desde el punto de vista material u objetivo, implica la consecución de una finalidad de interés público, lo que determina la factibilidad existencial de un régimen jurídico que resulta exorbitante respecto del derecho común o civil y a su vez esas normas tutelares del ejercicio de la función en comento, dan lugar a la existencia tácita o expresa de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho privado. Estas normas son llamadas así, según García de Enterría¹²⁵ por la rehabilitación de un término histórico originado por el proceso de formación del Derecho Público, como independiente del derecho privado romano, es decir, en el proceso de sustantivador del Derecho Administrativo, se determinó que ciertas normas resultaban exorbitantes respecto del derecho civil para distinguirlas del único derecho existente en ese momento histórico.

1.3.2.- PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Derivado del ejercicio de la función administrativa en sentido material u objetivo, que por tanto ha de perseguir una finalidad de interés público tiene una clara repercusión en los contratos administrativos, específicamente respecto de los procedimientos a seguir para su celebración y cumplimiento. Diversos autores han identificado la existencia de diversos principios jurídico administrativos que están presentes en todos los contratos administrativos, si no es que en todo el Derecho Administrativo, destacando entre ellos el principio de legalidad, el de continuidad, el de dirección y control, el de mutabilidad, el de mantenimiento de la ecuación económico financiera, del que derivan el hecho del príncipe y la distribución

¹²⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás- Ramón, Op. Cit. Pág. 672.

de los riesgos en este tipo de contratación, el de sanción y rescisión, etc, a los cuales me refiero a continuación:

1.3.2.1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Ya lo he señalado someramente, por tanto no sobra repetirlo: El principio de legalidad es la base, el cimiento del derecho administrativo; es el punto de partida para establecer los alcances y límites de cualquier figura de esta rama del derecho y por supuesto para la interpretación de sus normas.

Para efecto de señalarlo como principio rector de los contratos administrativos, debemos tener presente que este principio es aplicable a todas las autoridades que del estado emanan, pero muy en especial a todos aquellos entes estatales que ejercen la función administrativa, en razón de que esta tiene una naturaleza fundamentalmente de carácter ejecutivo, por ello, su actuar siempre debe estar previsto expresamente en la norma jurídica, ya que sin fundamento legal expreso, no existe posibilidad de existencia del actuar administrativo, ya que ello implicaría un exceso de poder, además de una ilegalidad, esto repetimos en razón de su naturaleza esencialmente ejecutiva, pero como ya quedo claro la función administrativa no es exclusiva del poder ejecutivo aun cuando sea éste quien la ejerza con preponderancia.

En síntesis el principio de legalidad consiste en que a los particulares les está permitido todo aquello que las normas jurídicas no les prohíban expresamente y a la autoridad le esta prohibido todo aquello que la norma jurídica no le permita en forma expresa. Este principio esta consagrado en el primer párrafo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, aunque no con las palabras antes empleadas, ya que ellas derivan de la interpretación que sobre dicho ordenamiento ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En nuestro país el fundamento Constitucional de los contratos administrativos se encuentra en los artículos 5, 25, 27, fracción I; 28, párrafos décimo y undécimo; 73, fracción VIII; 74, fracción IV; 90, 126 y 134, a los cuales nos referiremos expresamente en este estudio

cuando así corresponda, como ya lo hemos hecho en algunos casos. Estos imperativos constitucionales a su vez han derivado en diversas leyes, reglamentos, y demás normas administrativas aplicables en cada caso y momento. Nos referiremos expresamente a algunas de dichas normas en su oportunidad.

1.3.2.2.- EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.

Parece una necesidad de mi parte, pero no es así, la verdad es que como ya lo he explicado, los entes estatales en ejercicio de la función administrativa, conceptuada esta desde el punto de vista material u objetivo tiene una finalidad de interés público, cuyo concepto ha de entenderse en los términos expuestos por Jorge Héctor Escola, así mismo, el ejercicio de dicha función es preponderantemente ejecutivo y de esta característica no escapan los contratos administrativos, los que al ser celebrados tienen que ser cumplidos a cabalidad sin interrupción alguna teniendo el ente contratante las facultades necesarias y suficientes para hacer ejecutar el contrato por otra persona e incluso por él mismo, siempre con el propósito de cumplir con la función administrativa, en tal sentido se expresa el tratadista ¹²⁶ Argentino antes citado.

Antaño la doctrina administrativa sostenía que esta facultad era un aspecto que diferencia a los contratos administrativos de los contratos regidos parcialmente por el derecho común o civil, ya que en estos últimos, a diferencia de los primeros, es plenamente válida la *exceptio non adimplendi contractus*, que consiste en suspender la ejecución del contrato cuando la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en su totalidad, es decir no existe un cumplimiento cuando menos parcial; y en el mismo supuesto se encuentra la *exceptio non rite adimplendi contractus*, que consiste en dejar de cumplir parte del contrato cuando la contraparte a su vez a dejado de cumplir con parte de las obligaciones asumidas; o cuando lo ha hecho sin la calidad acordada o en el plazo establecido.

Hoy en día, la inaplicabilidad de las excepciones antes enunciadas no es tajante, ya que en varios países la legislación permite que el particular cocontratante del ente público oponga

¹²⁶ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 671 a 673.

dichas excepciones en casos específicamente determinados por la normativa o en los casos en que el incumplimiento del ente público torna razonablemente imposible o extremadamente gravoso el cumplimiento de las obligaciones a cargo del particular cocontratante, así como en los casos de hechos del príncipe y fuerza mayor o caso fortuito que impidan o hagan demasiado oneroso el cumplimiento del contrato. En ese sentido se expresan Cassagne¹²⁷, Escola¹²⁸, y Berçaitz¹²⁹, por lo que puede decirse que existe unanimidad doctrinal en cuanto a la existencia del principio y sus alcances.

Sobre la aplicabilidad del principio de continuidad, debe tenerse presente lo apuntado por¹³⁰ Cassagne "En cualquier caso, es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (v. gr. prestaciones pecuniarias a cargo de la Administración) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudirse a las normas de la legislación civil o comercial." A esto último habría de aclarar que la primera norma a la que debe acudirse para tomar una decisión de esta naturaleza es la de carácter administrativo y sólo en el caso de que esta no ofrezca una solución, deberán aplicarse las normas de aplicación supletoria determinadas en cada caso.

1.3.2.3.- PRINCIPIO DE DIRECCIÓN Y CONTROL

Como consecuencia natural del principio de continuidad del contrato, los entes públicos en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, tienen la facultad de dirigir y controlar el cumplimiento de los contratos administrativos, esto, en razón de la finalidad perseguida por estos acuerdos de voluntades, que como ya expresamos no es otra que la satisfacción del interés público, concepto ya explicado en palabras del profesor argentino Jorge Héctor Escola, líneas más arriba.

¹²⁷ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 36.

¹²⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 671 a 673.

¹²⁹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 370 a 372.

¹³⁰ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 35.

Berçaitz¹³¹ explica esta facultad afirmando que dado el interés pecuniario que motiva al particular para celebrar los contratos administrativos, el estado no se desvincula del cumplimiento de los mismos, sino por el contrario asume un papel activo y dinámico que se traduce en un derecho de control y dirección para así asegurar de manera general regular y continua la realización del objeto contractual, ya sea que este consista en la prestación de un servicio público, la realización de una obra, de un suministro etc., y es por ello que el cocontratante particular queda obligado a cumplir las instrucciones que reciba del ente estatal de que se trate para cumplir su compromiso contractual aún cuando se hayan dictado modificaciones a lo originalmente pactado, claro está, siempre y cuando las prestaciones requeridas no sean arbitrarias o contrarias a derecho, conservando en todo momento el derecho a ser indemnizado por las modificaciones ordenadas o bien de acudir a sede judicial para solicitar la anulación del compromiso si se ubica en la última de las hipótesis.

Respecto de los alcances de esta facultad de los entes públicos en ejercicio de la función administrativa en los contratos administrativos, los autores Miguel Ángel Berçaitz¹³², y Héctor Jorge Escola¹³³ señalan que la facultad de dirección y control de los contratos administrativos abarca los aspectos material, técnico, financiero y legal, los cuales explican como la facultad para determinar si se cumplen los actos o ejecutan las acciones tendientes al cumplimiento obligacional asumido por el cocontratante particular; así mismo, determinar que esos actos o acciones se han ejecutado conforme a las prescripciones técnicas generales y especiales, que las más de las veces quedan establecidas en los pliegos de requisitos o bases de contratación; en el mismo sentido que el cocontratante particular cumpla sus obligaciones de pago con sus trabajadores, los materiales requeridos, impuestos, cargas de seguridad social, subcontratistas en caso de haber sido autorizados o lo referente al cobro y manejo financiero de las tarifas; y finalmente determinar si cumple con las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio, la ejecución de la obra, etc., ya sea que estas se encuentren contenidas en el contrato o en alguna norma aplicable a la actividad realizada motivo del contrato, que siempre ha de perseguir una finalidad de interés público.

¹³¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 366 y 367.

¹³² Idem. Págs. 368 y 369.

¹³³ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 674.

Respecto del ejercicio de estas facultades, parafraseado a Rafael Bielsa, Berçaitz¹³⁴ señala que "...el ejercicio de ese poder no constituye conculcamiento alguno del secreto profesional o industrial ni del principio de inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, no observable cuando la actividad personal o las cosas se ponen al servicio de un interés público colectivo, frente a cuya satisfacción superior deben ceder los primeros, más aun por la situación de subordinación jurídica en que coloca al contrato administrativo al cocontratante frente a la Administración."

El tratadista Juan Carlos Cassagne¹³⁵, respecto de esta facultad de dirección y control señala: "Esta prerrogativa integra el denominado régimen administrativo y encuentra fundamento en el principio de la competencia que los órganos administrativos conservan como potestad irrenunciable en el ámbito propio de la ejecución del contrato para impulsar, ordenar, verificar y controlar su cumplimiento efectivo, la que debe surgir en forma expresa del ordenamiento o de las cláusulas de cada contrato." Y continua exponiendo el autor argentino en su reciente obra: "Dentro de esta prerrogativa se incluye el poder sancionatorio que se rige por las reglas generales de las sanciones administrativas con las peculiaridades tipificantes de cada contrato que celebra la Administración (v.gr. la ejecución directa de las prestaciones y/o sustitución del contratista en los contratos administrativos de colaboración)." Sin embargo, en contraposición a la opinión de Berçaitz señala que "El Ejercicio de estos poderes se encuentra acotado por el principio de la razonabilidad que impone la preservación de la autonomía técnica y empresaria del contratista, no obstante la amplitud con que suelen prescribirse en los distintos regímenes contractuales."

Sobre este último punto, nuestra opinión está con el último autor en cita, sin olvidar que las facultades de los entes públicos en ejercicio de la función administrativa, respecto de la dirección y control de los contratos administrativos, ha de estar determinada por la norma jurídica en forma expresa y a falta de esta por alguna estipulación contractual, pues de otro modo el ejercicio de la potestad o poderes de dirección y control, daría lugar a actos viciados por exceso de poder en franca violación al principio de legalidad, por lo que incluso nuestra opinión en este sentido también es coincidente con la idea externada por el tratadista Héctor

¹³⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 368 y 369.

¹³⁵ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 69.

Jorge Escola¹³⁶, para quien esta facultad de la administración existe con independencia de que las estipulaciones contractuales la determinen o prevean, pues la considera implícita en todo contrato administrativo, aun sin ser motivo de cláusula expresa recordando que si bien este tipo de cláusulas pueden ser expresas, sólo serán implícitas cuando la norma jurídica otorgue expresamente la facultad de dirección y control al ente público, pues de otro modo se estaría en peligro de realizar actos sin que la norma prevea esa facultad.

1.3.2.4.- EL PRINCIPIO DE MUTABILIDAD.

Este principio de mutabilidad es generalmente conocido como el *ius variandi*, aun cuando como lo expresa Juan Carlos Cassagne¹³⁷, en realidad se trata de una potestad, la cual ha de entenderse como la facultad del órgano estatal en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, que siempre ha de perseguir una finalidad de interés público, para modificar o variar las prestaciones originalmente contratadas. Esta facultad de los entes estatales, es otro de los principios que resultan totalmente opuestos a los de la contratación regulada por el derecho civil o común, ya que en estos no es válida la modificación del contrato, por voluntad de una de las partes, sin que la otra pueda oponer como excepción el incumplimiento del *pacta sunt servanda*.

El autor citado¹³⁸ en el párrafo precedente explica que se trata de una potestad y no un simple derecho al señalar que "Se trata, técnicamente, no de un derecho, de un *ius*, sino del ejercicio de una potestad que, como tal, resulta irrenunciable, configurando un principio general de la contratación administrativa que integra el llamado régimen exorbitante. Como se advierte, entonces la *potestas variandi* no surge, en principio, del contrato sino del ordenamiento como una regla general que se consume a través de la prerrogativa modificatoria." Y añade el autor de mérito "Ahora bien, nada impide, en principio, que la administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo de voluntades originario."

¹³⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 674.

¹³⁷ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 66.

¹³⁸ Ídem. Pág. 67.

Dicha afirmación obedece, a que las más de las veces, el ejercicio del principio de mutabilidad del contrato trae consigo un incremento o variación en las obligaciones del contratista particular y por ello el ente estatal contratante queda obligado a resarcirlo patrimonialmente de modo que se conserve el equilibrio de las obligaciones de esta naturaleza.

Como argumento en contra de este principio, se ha refutado que en realidad los entes estatales no modifican en forma unilateral los contratos administrativos que celebran con los particulares, toda vez, que siempre se requiere que estos de forma voluntaria accedan a la celebración del convenio correspondiente, participando en su celebración y que no existe tal facultad de los entes ya que las normas jurídicas siempre consideran como requisito para considerar modificado un contrato la suscripción de un convenio por las partes contratantes. Y es que en realidad, lo que sucede, es que la *potestas variandi*, se ejerce con distintos matices dependiendo del contrato administrativo de que se trate, ya que no es lo mismo ejercer ese derecho respecto de la prestación de un servicio público o la concesión de una obra pública, que respecto de un suministro, siendo, tal vez, más conocidos los casos en que la norma exige la suscripción de un convenio entre las partes para tener por modificado un contrato.

Pero en realidad, lo que sucede, es que la norma concede a los órganos estatales, en razón del fin perseguido por este tipo de contratos, que es el interés público, la singular facultad que en la práctica se ha convertido en un poder de imposición de las modificaciones, ello es así, porque el ente estatal es el único que puede determinar cuales modificaciones son las idóneas para lograr que el cumplimiento del contrato, es su caso, equilibre su existencia mediante el cumplimiento de la finalidad pública y es por ello que los particulares, las más de las veces se limitan a la aceptación de las modificaciones impuestas por los entes estatales.

Por otra parte, el ejercicio de la *potestas variandi*, tiene un límite específico que se traduce en la prohibición expresa de las normas, a que se modifique el fin u objeto del contrato, ya que en tal supuesto el órgano estatal, estará realizando un acto con exceso de poder y el contratista particular tenderá el derecho de ejercer las acciones que en derecho procedan,

para evitar que la modificación impuesta le cause perjuicio. Al respecto Cassagne¹³⁹ expresa: “Como se ha señalado, lo único inmutable en esta materia y que no se puede modificar es el fin del contrato administrativo que prevalece sobre el alcance y modalidad de las prestaciones, siempre que “la equivalencia económica” de dichas prestaciones se mantenga inalterada.” Continúa exponiendo el autor en cita diciendo: “Desde luego que, para preservar los derechos de los oferentes que participaron en una licitación o concurso deben mediar circunstancias objetivas (aplicables cualquiera hubiera sido el adjudicatario) y transcurrir un tiempo razonable a partir del perfeccionamiento del contrato.”

Abundado en este punto, el mismo autor¹⁴⁰ en nota a pie de pagina señala el porque de lo antes dicho al afirmar que “Sin perjuicio del principio de flexibilidad contractual la regla del *pacta sunt servanda* resulta más rigurosa en el ámbito del contrato administrativo que en el privado pues – cuando se ha acudido al procedimiento de licitación pública u otros similares – hay que respetar los derechos de los oferentes excluidos. Consecuentemente, el ámbito del ejercicio de la potestad modificatoria, aun cuando encuentra más límites que una modificación contractual regida por el derecho civil o comercial, viene a compensar la mayor rigurosidad que tiene el *pacta sunt servanda* frente a terceros (oferentes excluidos de la selección).”

Finalmente el autor que nos ocupa¹⁴¹ líneas más adelante para concluir con el punto agrega: “Este principio cobra, sobre todo, una trascendente función en materia de interpretación de los contratos administrativos y, en definitiva, tiende a la prevalencia del fin de interés público perseguido concretamente en cada caso antes que una interpretación rígida de las cláusulas del contrato o del pliego.”

Al igual que en el caso del principio de dirección y control el autor Héctor Jorge Escola¹⁴² afirma en el mismo sentido que Cassagne, que el *ius variandi* en realidad es una potestad, más que un derecho, y por tanto, es inherente a la Administración, lo que implica la

¹³⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 67 y 68.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo. Op. Cit. Págs. 676 y 677.

imposibilidad de su renuncia mediante acuerdos generales o especiales, pero afirma especialmente que tiene el carácter de implícito con independencia de que lo prevea alguna estipulación contractual, ello siempre y cuando la normativa en forma expresa determine la existencia de esa prerrogativa a favor del ente público, ya que de lo contrario el considerar que una cláusula con esos poderes es implícita en el contrato cuando la norma no la establece taxativamente, daría lugar a un acto viciado de origen, por exceso de poder en perjuicio del principio de legalidad, por lo que la existencia de esta prerrogativa, dependerá de lo que establezcan casuísticamente las normas jurídicas que reglamentan cada tipo de contrato administrativo, pudiendo presentarse diversos matices e intensidades en la aplicación práctica de este principio.

Por otra parte, debe señalarse que en estricto sentido, la doctrina presenta opinión unánime en el sentido de establecer que la *potestas variandi* es limitada por el *pacta sunt servanda* y la sujeta a un principio de aplicación razonable que ha de velar en todo momento por el respeto irrestricto a no variar la esencia del objeto y finalidad del contrato, así como tampoco afectar la ecuación económico financiera del contrato, por lo que cualesquiera que sean las modificaciones que imponga el ente público al cocontratante particular han de prever reajustes que compensen tanto el rompimiento del equilibrio en cita como la obtención de ganancias improcedentes como lo refiere Escola¹⁴³.

Las modificaciones que imponga el ente público al contrato administrativo pueden tener como consecuencia un aumento o disminución en las prestaciones debidas por el cocontratante particular, aumentar o disminuir razonablemente el plazo en que estas han de ser cumplidas, modificar las condiciones previstas para su prestación, como por ejemplo los plazos u horarios en que es posible su prestación, la forma o modo en que han de ejecutarse, incluyendo en este rubro aspectos técnicos tendientes a mejorar la calidad o condiciones de las prestaciones, reiterando que en todo momento debe preservarse la ecuación económico financiera del contrato, tal como lo afirma el autor en cita Héctor Jorge Escola¹⁴⁴ en su Compendio.

¹⁴³ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 676 y 677.

¹⁴⁴ Ibidem.

Con relación a la clasificación de las modificaciones en directas e indirectas Berçaitz¹⁴⁵ con base en lo expuesto por el autor francés Georges Péquignot, afirma que las primeras son aquellas que van al encuentro del contrato o de alguna de sus disposiciones ya sea que impliquen un acrecentamiento, la disminución de las obligaciones de las partes, o le pongan fin, pero que en todos los casos al existir perjuicio para el contratista particular, éste tiene derecho a ser indemnizado. Asimismo, afirma que dichas modificaciones pueden ser introducidas por una ley, un acto administrativo particular e incluso uno de carácter general. Pero indefectiblemente la modificación debe perseguir el cumplimiento del interés público.

En cuanto a las modificaciones indirectas indica que son aquellas realizadas por actos cuyo fin no ha sido introducir variaciones a los derechos o a las obligaciones establecidas en los contratos administrativos pero que, sin embargo, tienen como efecto el tornar su "ejecución más difícil, más onerosa, o menos remuneratoria." Precisa el autor que es muy difícil determinar cuales son las modificaciones indirectas que resultan de leyes, reglamentos o actos administrativos de carácter general, cuya finalidad es diferente al efecto causado en los contratos administrativos, pero que éstas tales como incrementos de combustibles, flujos eléctricos, o determinadas mercaderías son compensados mediante las cláusulas de ajustes de costos a las que nos referiremos más adelante.

1.3.2.5.- PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA.

Con objeto de hacer más clara la exposición de este punto conviene recordar que el artículo 1838 del Código Civil Federal en su parte final define al contrato aleatorio, como aquel en que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o la pérdida, esto es, existe riesgo en el contrato cuando la ejecución de la prestación esta sujeta a la inseguridad de que un acontecimiento futuro se realice o no. Desde este punto de vista el Álea es el riesgo de un contrato que se hace depender de que un acontecimiento incierto y por tanto riesgoso, se torne o no en una realidad palpable que afecte al contrato.

¹⁴⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 394 a 400.

Así mismo, otro aspecto que debe tenerse presente para comprender cabalmente este tema, es que en lo relativo a la distribución de los riesgos, históricamente se ha dado distinto tratamiento a la atribución de responsabilidades ante hechos ajenos a las partes que alteran el equilibrio y reciprocidad de las prestaciones, donde generalmente rigen los principios del llamado “equivalente económico”, el de “riesgo y ventura” y la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus*, ya sea que su aplicación derive de una norma administrativa o de una disposición del derecho civil.

Como un primer paso resulta indispensable establecer cuales son las áreas de riesgo en los contratos que son de nuestro interés. Sobre el particular Berçaitz¹⁴⁶, Cassagne¹⁴⁷ y Raúl Enrique Granillo Ocampo¹⁴⁸ éste último en su obra denominada “Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa” explican que al igual que todas las actividades económicas, el contrato está sujeto a riesgos, y hechos imprevistos que afectan en más o en menos lo previsto por los contratantes, lo cual resulta con mayores posibilidades de suceder en los contratos de larga duración como el caso de los contratos administrativos de obra pública o de servicios públicos.

Con respecto a las áreas o áreas de riesgo en estos contratos señalan que en términos generales la doctrina establece acuerdo uniforme al sostener que en el caso de los contratos administrativos la economía puede verse alterada por los efectos que produzcan en ella las tres áreas a las que se haya sometido este contrato, pudiendo afirmarse que en todo contrato administrativo existe un riesgo u área normal o administrativa la cual no debe modificarse y si la administración lo hiciera así incurriría en un acto con exceso de poder; otra área de riesgo o área anormal o económica, la cual es susceptible de ser modificada por el estado en ejercicio de sus potestades, o de otras atribuciones como lo es el caso del hecho del príncipe o de los hechos imprevistos independientemente de la voluntad de las partes; y una tercera área o área de riesgo empresaria, que se identifica más con el concepto de contrato aleatorio previsto en nuestra legislación civil pero dependientemente de la actividad del cocontratante

¹⁴⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 386.

¹⁴⁷ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 81 y 82.

¹⁴⁸ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990, Pág. 6.

de la administración que pueden ser errores de cálculo e incluso negligencia en la determinación de los riesgos, en cuyo caso de ellos sólo responde el propio contratista, pero en general puede afirmarse que se trata de un hecho imprevisto que tiene como consecuencia el rompimiento de la ecuación económico financiera de los contratos administrativos la cual tendrá diferente tratamiento jurídico dependiendo del tipo de riesgo de que se trate y sus consecuencias, toda vez que la parte imputable tendrá siempre la responsabilidad de asumir y absorber los desequilibrios sobrevenientes, y en estricto sentido la responsabilidad debe ser integral y plena.

Concerniente a los principios jurídicos que regulan la aplicación de los riesgos en los contratos, como ya se indicó, se ha distinguido la existencia de los tres ya enunciados, por orden cronológico, el primero de ellos es la cláusula "*rebus sic stantibus*" misma que según opiniones de Granillo Ocampo¹⁴⁹ o Berçaitz¹⁵⁰, se originó o bien en la civilización griega o bien con los glosadores y canonistas de la Edad Media, en el primer caso basado en la concepción griega del contrato consistente en una equivalencia de las prestaciones, que se hizo consistir en que debía existir equilibrio entre lo que entraba y salía de un patrimonio con motivo de una transacción contractual.

Según Granillo Ocampo¹⁵¹, con el derecho Romano esta concepción cambia radicalmente, pues en esta concepción jurídica lo que importa es el cumplimiento de la palabra dada independientemente de que durante la negociación alguna de las partes haya sufrido desequilibrio económico alguno, esto debido a que la justicia contractual se basa en el principio de la buena fe durante la celebración de los contratos, lo que implicaba el respeto irrestricto a la palabra dada o cumplimiento del compromiso adquirido, esto es, se aplica un nuevo principio a los riesgos en la contratación y este es el de riesgo y ventura¹⁵² donde los desequilibrios económicos surgidos en el proceso de contratación, carecen de importancia, sólo importa el respeto a la palabra dada, con algunas excepciones en los contratos de compraventa y arrendamiento, cuyo fundamento se basó en las ideas de Cicerón.

¹⁴⁹ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 9.

¹⁵⁰ Berçaitz, Migue! Ángel, Op. Cit. Págs. 99 y 100.

¹⁵¹ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 10 a 12.

¹⁵² Ibidem.

Terminada la vigencia del derecho romano, durante la época de los glosadores y los canonistas, cuando el derecho es influenciado por el pensamiento cristiano de San Agustín y posteriormente de Santo Tomás, se buscó la equidad como forma de lograr el bien común, y en materia de contratación surge la cláusula denominada como "*rebus sic stantibus*" que es aplicada a todos los contratos como una norma general. Cabe destacar que en el derecho canónico que son las normas jurídicas que rigen el actuar de la Iglesia Cristiana, Apostólica y Romana, prácticamente desaparecen las áleas o áreas de riesgo de los contratos, o más bien dicho, los contratos aleatorios, al darse preeminencia a la aplicación de una justicia equitativa en todas las relaciones contractuales, mismas que tienen su basamento en la buena fe y la honestidad cristiana.

Al respecto Granillo Ocampo¹⁵³ señala "El principio se generalizará y ganará sistemática exposición en el tiempo de los posglosadores, el más célebre de los cuales, Bartolo, le dará enunciación definitiva en los siguientes términos "*contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futura rebus sic stantibus intelligitur*", que implica que las obligaciones contractuales han de ser entendidas en correlación con el estado de las cosas en el momento en que se contrato. En consecuencia, el cambio acentuado de los presupuestos de hecho en que se basó, implica alteraciones que el derecho no puede desconocer, pues las voluntades se ligaron en vista de cierta situación y en la expectativa de ciertos efectos y no en función de situaciones y efectos totalmente diversos, surgidos al margen del comportamiento de los contratantes." Cabe destacar que según Fernández Ruiz¹⁵⁴ la traducción de esta cláusula es "todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales" En sentido parecido explica esta cláusula Berçaitz¹⁵⁵, quien apunta que para su aplicación se distinguió entre los contratos de tracto sucesivo o dependientes de hecho futuro y los que no dependían de ningún hecho futuro por ser de ejecución instantánea.

La aplicación de la cláusula en comento se dio durante los siglos XIV a XVII, llegándose a incorporar a algunos códigos de origen germánico y austriaco que la difundieron en toda

¹⁵³ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 117 y 118.

¹⁵⁴ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 90.

¹⁵⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 99.

Europa, con excepción de Francia donde no tuvo aplicación alguna. Esta concepción contractual dejó de tener vigencia en el siglo XVIII con la aparición del Código Napoleónico, en el que en tratándose de contratos, vuelve a tener plena aplicación el "*pacta sunt servanda*" o la "*lex contractus*", es decir, se vuelve a la concepción romana del acuerdo de voluntades, en donde lo importante es el cumplimiento de las convenciones, sin importar que su contenido sea trastocado por hechos sobrevenientes que tornan demasiado oneroso el cumplir la palabra empeñada para una de las partes en beneficio de la otra, Berçaitz¹⁵⁶, detalla algún ejemplo de cómo en el ámbito jurisdiccional los tribunales se niegan a considerar las circunstancias de hecho que prevalecieron para la celebración de un contrato que ha de seguir cumpliéndose doscientos años después.

Por lo que hace a la contratación administrativa, según lo describe Berçaitz¹⁵⁷, esta situación perduró así hasta la segunda década del siglo XX, cuando con motivo de la 1ª Guerra Mundial se complica el uso de las rutas comerciales establecidas, y los precios de los combustibles de la época se hacen inaccesibles, tornando demasiado oneroso, sino es que hasta ruinoso el cumplimiento de los contratos, por lo que la celebración de los contratos de tracto sucesivo o de larga duración se tornan en inoperantes por los riesgos que se corrían para su cumplimiento, ante lo cambiante de las circunstancias que producían grandes desequilibrios económicos e incluso sociales, que sin duda se agudizaron con el conflicto armado ya enunciado y el caso de la Compañía de Gas de Burdeos donde se acuñó un nuevo principio el de la teoría de la imprevisión o bien como sostienen otros tratadistas la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En suma el principio del mantenimiento de la ecuación económico financiera consiste en que el ente estatal de que se trate, en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, otorgue una indemnización a su cocontratante cuando por hechos imprevisibles e independientes de la voluntad de las partes o realizados por el estado mismo e incluso por otro poder, tienen como consecuencia una alteración a la ecuación económico financiera, establecida en el momento de la celebración de los contratos, esto ya sea como consecuencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión, construida por el Consejo de

¹⁵⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 100.

¹⁵⁷ Ídem. Págs. 97 y 98.

Estado Francés, o bien ante hechos realizados por el estado en uso del *"factum principis"* e incluso de la *"potestas variandi"*, ya señalada, esto con la finalidad de que no se trunque la finalidad de interés público perseguida con la celebración del contrato al tornarse más oneroso para el cocontratante del citado órgano estatal.

Como puede apreciarse, este es otro efecto práctico del Principio de Continuidad de los contratos administrativo, ya que para el estado lo importante es el cumplimiento de su cometido, que no es otro que la finalidad de interés público que se proponga con la celebración de cada contrato administrativo, y si para ello, cuando no medie negligencia, dolo o mala fe del cocontratante, tiene que auxiliario otorgándole una indemnización que mitigue los efectos del hecho imprevisible o los provenientes del potestas variandi o del factum principis que le hacen más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, sencillamente lo hace.

Respecto de este tema, al que denomina "El principio del equilibrio financiero" Fernández Ruiz¹⁵⁸ señala "En obsequio a este principio, también denominado "principio de la ecuación económico financiera", en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o, cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado, o a la administración pública, bien por causas no imputables al estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos, como aquellos a que se refieren el llamado "hecho del príncipe", y la teoría de la imprevisión, conocida también como "teoría de la lesión sobreviniente".

En sentido similar se expresa Escola¹⁵⁹ quien además señala que "La ecuación económico-financiera del contrato puede verse afectada por tres causas fundamentales: 1) por causas imputables a la administración pública; 2) por causas imputables al estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato; y 3) por causas no imputables al estado, que son externas al contrato y que alteran,

¹⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 89.

¹⁵⁹ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 690 y 691.

sin embargo, su economía general.” A este señalamiento de las causas que pueden dar origen a modificación a la ecuación económico-financiera de los contratos administrativos sólo faltó agregar los errores y actos de negligencia cometidos por el cocontratante particular, en cuyo caso no ha lugar al otorgamiento de compensación alguna, ya que como lo indicamos en ese supuesto le corresponde a él la responsabilidad de responder por sus actos.

Por su parte Cassagne¹⁶⁰ expone que en el derecho público las teorías correctoras de los desequilibrios tienen un fondo común que es la modificación de las condiciones contractuales originarias, que altera el equilibrio financiero al que debe aplicarse un principio jurídico que conlleve al restablecimiento en forma total o parcial, de la ecuación económico financiera del contrato administrativo, lo cual no impide la coexistencia de diferentes técnicas de garantías dependiendo de cada situación, misma que justifica por la existencia de garantías constitucionales de igualdad ante las cargas públicas e intangibilidad de la propiedad, que en nuestra Constitución Política tiene sus equivalentes en los artículos 31, fracción IV, y 16 primer párrafo.

1.3.2.5.1.- EL HECHO DEL PRÍNCIPE.

La teoría del Hecho del Príncipe o del *factum principis*, dicho en latín, trata de explicar los efectos de un tipo de actos Estatales en particular, que son posteriores a la celebración del contrato, que tienen efectos prácticos en hacer más oneroso el cumplimiento del contrato para el cocontratante del ente estatal de que se trate. Según Cassagne¹⁶¹ esta teoría fue creada para corregir los efectos de actos del poder público que afectan la relación contractual los cuales no deben estar dirigidos específicamente a modificar una relación contractual determinada, sino que, son actos reglamentarios o administrativos de efectos generales, legítimos o no, que además de surtir efectos para toda la población o un sector de ella (el que se encuentre en el supuesto jurídico previsto) afectan o tienen efectos sobre el contrato tornando más onerosas las prestaciones debidas por el cocontratante. Señala el ¹⁶² autor en

¹⁶⁰ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 75 a 77.

¹⁶¹ Ídem. Págs. 80 y 81.

¹⁶² Ibidem.

cita que el caso de actos de alcance particular se estará ante casos de responsabilidad contractual, enfatiza diciendo que lo importante es que ese acto general provenga del poder que provenga tenga efectos específicos en el cumplimiento del contrato afectando el área administrativa cuya reparación es responsabilidad del estado. En sentido parecido se expresan Fernández Ruiz¹⁶³ y Granillo Ocampo¹⁶⁴.

En una posición distinta, con la que no estoy de acuerdo, es la que expone el tratadista Escola¹⁶⁵, para quien el hecho del príncipe lo será únicamente la conducta emanada del mismo órgano estatal que celebró el contrato administrativo. El desacuerdo radica por supuesto en que se pretende que el acto que necesariamente sea la autoridad o ente público contratante, ya que como lo explicó Cassagne, el acto además de no ser particularmente dirigido al cocontratante, debe tener efectos generales y puede ser emitido por cualquier ente público con facultades para ello.

Otra postura discordante es la de Berçaitz¹⁶⁶ para quien el *factum principis* indistintamente puede ser un acto general o uno particular dirigido específicamente al contrato, basando su argumentación en el hecho de que para efectos prácticos la indemnización para el cocontratante del ente público sería la misma, careciendo de lógica jurídica, su argumentación, esto es, el hecho de que el resultado final, el alcance de la indemnización puede ser igual en los dos casos, nada tiene que ver con la figura jurídica en estudio, ya que en un caso estamos ante actos de responsabilidad contractual y en el otro de responsabilidad extracontractual. Es decir, en un caso se está ante la *potestas variandi* e incluso ante un acto ilegal, y en el otro, ante un acto extracontractual que genera responsabilidad por hacer más oneroso el cumplimiento de las obligaciones.

En cuanto a que el Hecho del Príncipe provenga de toda autoridad pública perteneciente a la misma jurisdicción que la que firmó el contrato, como lo afirma Escola, debe terse presente lo expuesto por Granillo Ocampo¹⁶⁷, en el sentido de que la personalidad del estado es única,

¹⁶³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 89.

¹⁶⁴ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 109.

¹⁶⁵ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 691.

¹⁶⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 387 y 388.

¹⁶⁷ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 110.

por lo que la división de poderes o de funciones y competencias se realiza por necesidades de tipo técnico, por ello la exigencia establecida en la definición de Escola no resulta jurídicamente aceptable. Toda vez que "...el contrato es siempre realizado por el Estado, no por el órgano ejecutivo (o sus representantes), legislativo o judicial, (en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, apunto yo), ya que estos carecen de personalidad y al intervenir en el contrato no lo hacen a nombre propio, sino a nombre del Estado, ejercitando en la especie la porción de competencia que les atribuye la Constitución."

Por lo que hace a la existencia de un daño cierto y diferencial; que de hecho implique una modificación imprevista y anormal, es decir, que no implique modificaciones connaturales a lo pactado entre las partes, tampoco existe controversia, por lo que no creemos necesario extendernos sobre ese punto, por lo que debemos concluir diciendo junto con Granillo Ocampo¹⁶⁸ que "...el hecho del príncipe implica la modificación imprevista y anormal en las condiciones externas de ejecución del contrato, que la Administración (el Estado más propiamente dicho) puede introducir a través de un medida lícita de carácter general, en ejercicio de su potestad pública, medida, que puede emanar de la autoridad que firmó el contrato o de cualquier otra que integre la misma esfera o jurisdicción."

En lo que si estamos de acuerdo con Escola¹⁶⁹ es en que "Existiendo un 'hecho del príncipe', que reúna todas las condiciones que quedan resumidas, el cocontratante particular debe ser íntegramente indemnizado de los perjuicios (apunto yo, tanto de los daños como de los perjuicios) que se le hayan ocasionado por la alteración de la ejecución del contrato, comprendiendo tanto el *damnum emergens* (daño emergente) como el *lucrum cessans*, (lucro cesante) evaluados conforme a las reglas comunes aplicables en tales casos."

Bien vale la pena reiterar que cuando se está ante hechos o actos particularmente dirigidos al contrato de que se trate, siempre y cuando no se esté ante el ejercicio de la *potestas variandi*, se estará indudablemente ante actos ilícitos realizados por el ente público de que se trate, que generalmente implican el incumplimiento liso y llano del contrato y que en tales

¹⁶⁶ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 112.

¹⁶⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 691.

casos el cocontratante particular como dice Escola, ha de acudir ante la autoridad jurisdiccional que corresponda para reclamar sus derechos.

1.3.2.5.2.- DIFICULTADES MATERIALES IMPREVISTAS.

En la ejecución de los contratos de tracto sucesivo, y dependientes de hechos futuros, suele suceder que el cocontratante se enfrente a dificultades no previstas al momento de celebrarse el contrato, que ya existían en ese entonces, pero que eran desconocidas por las partes, y requieren de la realización de los trabajos para superarlas, con el consecuente gasto que se torna en excesiva onerosidad modificando la ecuación económico financiera del contrato, es decir, son un riesgo normal o perteneciente al álea económica del contrato.

El ya citado Berçaitz¹⁷⁰ las identifica con eventos de la naturaleza, que si bien, no hacen imposible el cumplimiento, es decir, no se identifican con la fuerza mayor y el caso fortuito, si afectan de forma directa e inmediata al contrato haciéndolo más onerosa su ejecución en perjuicio del cocontratante y las equipara con las "*sujéstions imprévues*" del derecho Francés que traduce como "dificultades materiales imprevistas". Así mismo, las diferencia de la teoría de la imprevisión, en razón de que estas dificultades materiales, aunque imprevistas, no son sobrevinientes, ya que generalmente existen concomitantemente al momento de celebrarse el contrato, pero son desconocidas por las partes en ese momento, ya que se manifiestan durante el proceso de ejecución del contrato. Vale decir que generalmente se presentan en los contratos de obra pública, aún cuando nada impide que esta teoría sea aplicada a otros contratos administrativos.

No obstante, existen opiniones doctrinales en el sentido de que las dificultades materiales imprevistas, son de exclusiva aplicación al contrato de obra pública, en ese sentido se expresa Granillo Ocampo¹⁷¹, quien las circunscribe exclusivamente al contrato de obra pública, y en términos generales coincide con el concepto de éstas, expresando que existe coincidencia doctrinaria respecto de que la nota típica es que las dificultades materiales sean imprevistas, pero que existe divergencia respecto de la nota de anormalidad en razón de que

¹⁷⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 443 a 445.

¹⁷¹ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 110 a 115.

exceden el álea normal establecida por las partes, y concluye que no constituyen una excepción sino que adquieren un carácter de imprevistos por el sólo hecho de no haber sido previstos inicialmente en el proyecto respectivo y por supuesto en la licitación.

Respecto de los efectos que produce la manifestación de las dificultades materiales imprevistas, el mismo autor¹⁷² expresa que el cocontratante tiene derecho a ser indemnizado mediante el pago de los gastos realizados para superar la dificultad material imprevista ya que es el estado el único beneficiado con su ejecución y de no hacerlo incurriría en un enriquecimiento ilícito.

1.3.2.5.3.- TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Como ya lo expresamos esta teoría fue concebida por el Consejo de Estado Francés y la cláusula *rebus sic stantibus*, sólo es un antecedente histórico que no fue considerado por dicho Consejo de Estado al formular esta teoría, debido a que el antecedente de referencia nunca tuvo vigencia en Francia y en el caso que dio lugar a la creación de la teoría en cita, nunca se hace mención de la existencia de la cláusula ya mencionada, como un antecedente, por lo que debemos afirmar que se trata de dos figuras jurídicas que resuelven el mismo problema pero en distintos ámbitos de aplicación, la contratación del derecho común y la administrativa, dichas diferencias se denotan tanto en su concepción como en sus orígenes históricos, aun cuando con la igualdad de sus consideraciones y resultados. Tal sea esta la razón por la que muchos tratadistas de derecho administrativo al comentar la teoría de la imprevisión la citan como la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

La definición de la teoría de la imprevisión como “el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del cocontratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus prestaciones.” Es propuesta por

¹⁷² Berçaitz. Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 444 y 445.

el tratadista argentino Miguel S. Marienhoff¹⁷³, por su parte, Granillo Ocampo¹⁷⁴ anota que a esta definición debe puntualizarle que “ese acontecimiento debe ser completamente ajeno a la voluntad de ambas partes.” En general la doctrina es unánime con esta definición, ya que palabras más o menos, coinciden con ella autores como Miguel Ángel Berçaitz¹⁷⁵, Juan Carlos Cassagne¹⁷⁶, Héctor Jorge Escola¹⁷⁷, Andrés Serra Rojas¹⁷⁸, y Jorge Fernández Ruiz¹⁷⁹, según puede apreciarse de lo expuesto en sus obras, entre otros.

Como ya se enunció esta teoría surgió gracias a la actividad pretoriana del Consejo de Estado Francés, quien al emitir su fallo en la causa expuesta ante el por la Compañía de Gas de Burdeos, la que había solicitado a la autoridad local la autorización de incrementar sus tarifas, para disminuir, aun cuando fuera parcialmente, los gastos en que estaba incurriendo, con motivo del alza exagerada de los precios del carbón, que era la materia prima para la producción de gas, en razón del inicio de las hostilidades de la 1ª Guerra Mundial, lo cual le fue negado por la autoridad de Burdeos en una primera instancia y por la Prefectura de Gironde después, en ello coinciden Berçaitz y Granillo Ocampo.

En su fallo el Consejo de Estado Francés, citado por Gaspar Ariño Ortiz en su obra Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, mismo que a su vez es citado por Granillo Ocampo¹⁸⁰ define la teoría de la imprevisión destacando la existencia de once notas que se traducen en los aspectos resaltados en la definición hecha por Marienhoff, ya citado.

El autor Granillo Ocampo¹⁸¹ comenta sobre este fallo que “Es interesante resaltar que el arrét creaba, paralelamente a la concepción de la ‘muerte contractual’, típica de la teoría resolutoria de la fuerza mayor, una concepción de ‘vida contractual’, típica de la teoría de la imprevisión, que tiende a la subsistencia del contrato administrativo, como vía de satisfacción

¹⁷³ Marienhoff, Miguel S., Op. Cit. Pág. 501.

¹⁷⁴ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 119.

¹⁷⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 446.

¹⁷⁶ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 81.

¹⁷⁷ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 692.

¹⁷⁸ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 656.

¹⁷⁹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 90 y 91.

¹⁸⁰ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 121 a 123.

¹⁸¹ Ibidem.

de los intereses públicos perseguidos por este. La primera libera del cumplimiento de la obligación, mientras que la segunda garantiza una ayuda estatal, parcial y transitoria, que posibilite la continua ejecución del servicio. Ello llevó a Waline a sostener que la indemnización cumple, en la teoría de la imprevisión, la función de prevenir que las dificultades sobrevenientes degeneren en fuerza mayor, al agravar sus efectos y transformar la dificultad, en imposibilidad de cumplimiento.” A este respecto Berçaitz¹⁸² quien en este tema sigue lo expuesto por el tratadista francés Péquignot, se expresa en términos muy similares.

Como era natural en un principio la aplicación de esta teoría causó gran controversia debido a que la mayoría de los juristas de la época se negaban a aceptarla, sin embargo, con el tiempo tuvo buena aceptación y fue reconocida tanto en normas administrativas como en normas de derecho común bajo la estructura de la cláusula *rebus sic stantibus*, que generalmente es de aplicación supletoria a los contratos administrativos. Cabe destacar que en el caso de México el Código Civil Federal no prevé dicha cláusula pero la legislación especial del derecho administrativo ha regulado esta figura a través de las cláusulas de mayores cotos, ajustes de costos o incremento de tarifas o modificación del plazo de la concesión de obra pública etc.

En términos generales, para los tratadistas Escola¹⁸³ y Cassagne¹⁸⁴, la sistematización y aplicabilidad, de la teoría de la imprevisión, ha de darse incluyendo los principios enunciados en el fallo emitido por el Consejo de Estado Francés, sin ninguna adaptación a los tiempos actuales, por lo que no estamos de acuerdo con ellos, ya que en el caso específico deben tenerse en cuenta las adaptaciones que en cada caso y atendiendo a la realidad económica de los últimos años han hecho las legislaciones en cada país. Por ello es que en nuestro caso creemos que la postura doctrinal más apegada a la realidad respecto de la teoría de la imprevisión es la expuesta por el ya citado Granillo Ocampo¹⁸⁵ quien al hacer el señalamiento de los presupuestos de hecho que la doctrina ha considerado deben concurrir

¹⁸² Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 449.

¹⁸³ Escola, Jorge Héctor, Compendio Op. Cit. Págs. 692 y 693.

¹⁸⁴ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 82 y 83.

¹⁸⁵ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 145 a 149.

para que sea factible la aplicación de la teoría de la imprevisión establece algunas adecuaciones a la realidad y señala que estos deben ser los siguientes:

- a) El hecho o acto determinante del deterioro o quebrantamiento del equilibrio contractual, debe responder al álea económica del contrato, por ser una alteración de las condiciones de ejecución del mismo, que lo tornan excesivamente más oneroso para una de las partes.
- b) El hecho debe producir una perturbación no ordinaria en el equilibrio financiero del contrato, ya que el álea normal (o empresaria) es siempre a cargo del contratista.
- c) La modificación de las condiciones de ejecución (grave onerosidad sobreviniente) no debe haber conducido al contratista a suspender por sí la ejecución del contrato, ni debe volver la prestación de imposible cumplimiento. (allí radica la diferencia con la fuerza mayor estricta).
- d) El acontecimiento perturbador que debe afectar el álea económica del contrato, ha de ser ajeno o extraño a la voluntad de las partes.
- e) La perturbación originalmente se consideró debía ser temporal, sin embargo, en la actualidad en general las perturbaciones económicas como las devaluaciones y la inflación son permanentes, por lo que con ese carácter han de ser consideradas.
- f) El acontecimiento perturbador debe afectar el proceso de ejecución del contrato, esto es, ha de surgir con posterioridad a su celebración pero antes de su terminación.
- g) Debe existir relación directa entre el hecho o acto perturbador y la alteración del equilibrio económico del contrato.
- h) El hecho o acto perturbador debe haber sido razonablemente imprevisible. Esta imprevisibilidad puede referirse tanto al hecho mismo como a las consecuencias de éste que pudo ya existir al momento de la celebración del contrato como en el caso de la inflación.
- i) El hecho o acto perturbador puede o no ser un fenómeno económico pero indispensablemente debe tener "consecuencias económicas lesivas" para el contratista.
- j) Los contratos deben ser de larga duración, es decir de tracto sucesivo (*tractum successivum*), que comportan generalmente, prestaciones múltiples u obligaciones a término, sin embargo, todo depende de las circunstancias del caso, pues su una

compraventa (o suministró) reúne todas las condiciones para la aplicación de la teoría de la imprevisión, no existe principio jurídico alguno que se oponga a ello.

El autor Granillo Ocampo¹⁸⁶, hace un análisis de los caracteres de esta figura jurídica y señala que es de orden público en atención a que es un medio para asegurar, en beneficio del interés público, el cumplimiento de los contratos administrativos, al respecto como ya lo expresé líneas arriba, esta teoría de la imprevisión es otro efecto práctico del principio de continuidad de los contratos administrativos. Asimismo, concuerdo con el autor en cita, en que opera como un principio implícito en todos los contratos administrativos, sin la necesidad de que exista un pacto expreso o norma jurídica que lo consagre expresamente. Pero en este punto insisto en que cuando menos deben existir principios constitucionales que le den sustento. En el mismo sentido estoy de acuerdo en que este es un derecho inalienable del cocontratante de los entes estatales, por tanto, no es susceptible de ser renunciado y menos aún ser excluido por la vía del acuerdo expreso en el contrato, ya que en todo caso la estipulación que así se inserte en el contrato ha de tenerse por no puesta.

Igualmente, con respecto al comentario del autor de mérito¹⁸⁷, en el sentido de que si el sistema legal de que se trate tiene previsto algún procedimiento para nivelar los desequilibrios o quebrantos producidos en los contratos administrativos por hechos imprevisibles, pero dicho mecanismo legal resulta insuficiente para lograr una solución justa y equilibrada, concordamos en que el contratista tendrá derecho, como consecuencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión, de presentar reclamo que sustente la modificación del régimen jurídico, ya que en todo caso el régimen habrá previsto compensaciones a riesgos previsibles y no respecto de los imprevisibles, ya que en tratándose de éstos ha de estarse al análisis específico del caso para determinar lo justo y cumplir la función del mantenimiento de la ecuación económico – financiera de los contratos administrativos. El autor de mérito indica que a esta problemática se le ha denominado “juego imperfecto de las formulas de revisión” y afirma¹⁸⁸ ello “deriva de la imposibilidad de encontrar un parámetro o

¹⁸⁶ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit., Págs. 149 a 151.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem.

fórmula que permanentemente absorba todas las circunstancias (presentes y futuras) que puedan alterar la economía de un contrato de larga duración.”

Otro aspecto importante que resalta el autor¹⁸⁹ que vengo citando, es el hecho de que tradicionalmente se ha afirmado que la aplicación de esta teoría de la imprevisión sólo puede ser invocada por el cocontratante de los entes públicos, pero que atendiendo a la finalidad que persigue (la continuidad del contrato), ello hace congruente que sea el ente del estado quien ante la presencia de un hecho imprevisible y la inactividad del cocontratante particular invoque la aplicación de esta, que con ello estará velando por el cumplimiento de una finalidad de interés público, aun cuando ello implique la absorción de los costos necesarios para que el contrato continúe con vida, evitando además que el cocontratante sufra una lesión en su patrimonio que incluso podría llevarlo a la quiebra y en consecuencia a la aplicación de la rescisión del contrato, es decir, a la muerte contractual y al incumplimiento de los fines de interés públicos que se tenía previsto cumplir con la celebración del contrato de que se trate.

Referente al monto de la indemnización la mayoría de los tratadistas se inclinan por la solución dada por el propio Consejo de Estado Francés, es decir, que esta sea parcial y transitoria, así lo expresa Berçaitz¹⁹⁰, Escola¹⁹¹ y Cassagne¹⁹², quien también es de la opinión de que la administración puede invocar su aplicación

Por su parte, como ya lo indicamos antes y que es la opinión que compartimos, el autor Granillo Ocampo¹⁹³ señala que “La doctrina administrativa viene pacíficamente sosteniendo que la teoría de la imprevisión se traduce en una reparación no integral del daño sufrido como consecuencia del hecho imprevisible. Ello sería la consecuencia de que el estado se limita a brindar en estos casos una simple ayuda para superar el déficit (no para conjugarlo), o, en las palabras del *Conseil d'Etat* se trata de distribuir el déficit entre las dos

¹⁸⁹ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 152 y 153.

¹⁹⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 450 y 451.

¹⁹¹ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 693.

¹⁹² Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 83.

¹⁹³ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Pág. 154.

partes...Creemos que en este caso, al igual que en el de las *sugéstions imprévues*, que reconocen idéntico fundamento dogmático, la indemnización debe ser integral y plena.”

Concerniente a la determinación del monto de la indemnización Granillo Ocampo¹⁹⁴, señala que para ello se deben definir previamente dos momentos: a) cuando se abre o da inicio el periodo de la revisión y b) en que consiste la carga extracontractual, añadido yo, y sus efectos. Concerniente al primer punto, lo importante es determinar las consecuencias del hecho imprevisible en lo que las partes, desde un punto de vista razonable, pudieron establecer como costo máximo de la prestación y si realmente ese incremento en de costos implica un desequilibrio profundo en la ecuación económico financiera.

Puntualiza el autor que el problema es establecer hasta que punto las partes pudieron prever las variaciones en los precios, ya que en estricto sentido ello depende de las prestaciones de cada contrato. Por lo que hace a determinar cual es la carga extracontractual o la mayor onerosidad sobreviniente, el citado Consejo de Estado ha elaborado un concepto que en esencia determina que el hecho imprevisible produce el nacimiento de una situación extracontractual, la cual impide que acontecimientos anteriores y posteriores a la misma sean tomados en cuenta para regular ésta, lo que obliga a realizar un balance entre los ingresos y los egresos derivados de la situación creada por el acontecimiento y así analizar, calcular y determinar un saldo que se constituirá en el perjuicio sufrido.

Conforme a lo expuesto por el autor a quien vengo siguiendo en este punto, debe destacarse que el Consejo de Estado Francés ha establecido seis reglas para determinar el monto de la indemnización, que en estricto sentido tienen por objeto aislar el hecho imprevisto y sus efectos, dichas reglas consisten en: a) no tomar en cuenta los hechos anteriores al hecho imprevisible; b) calcular en su totalidad el déficit producido por éste; c) si el contrato implica varias prestaciones, determinar a cuales de ellas afecto y sus efectos; d) excluir los resultados obtenidos en otros contratos; e) que en la integración del costo se incluyan los denominados directos e indirectos; y f) que la carga de la prueba corresponde al cocontratante del órgano estatal. Esto ha sido criticado al considerar que debiese analizarse

¹⁹⁴ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 157 a 159.

el contrato en forma íntegra ya que eso resultaría más justo, pues puede haber efectos futuros que se produzcan tiempo después de que concluya el hecho imprevisible, que incluso, en algunos casos, podría reportar ganancias extraordinarias al cocontratante, lo cual, desde el punto de vista de Granillo Ocampo¹⁹⁵, también debiera ser motivo de análisis, por parte de los entes estatales contratantes a efecto de establecer un principio de bilateralidad o de reciprocidad en la aplicación de la teoría de la imprevisión..

En concreto, como lo expone el mismo Granillo Ocampo¹⁹⁶ “Si el fundamento del derecho a la indemnización en los casos de alteración económica derivada de un hecho imprevisible, se encuentra en una o ambas disposiciones constitucionales..., o al menos en esa *ratio iuris*, es evidente que la indemnización no puede ser parcial, sino total, es decir, comprensiva tanto del 100% del daño emergente, como del 100% del lucro cesante. Lo contrario implica una diferenciación artificial, que no sólo desnaturaliza el fundamento jurídico invocado, sino lo vuelve de muy difícil aplicación práctica.”

1.3.2.6.- POTESTAD SANCIONADORA

Una consecuencia directa del poder de control y dirección que tienen los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa comprendida desde el punto de vista material u objetivo, respecto de los contratos administrativos que celebran es la potestad sancionadora.

La cual según Cassagne¹⁹⁷ deriva de la posición de subordinación que tienen los entes públicos respecto de sus cocontratantes, que en éste caso, se materializa en el poder de aplicar sanciones, mismas que pueden derivar tanto de la ley como de la legislación delegada o facultad reglamentaria, la cual, en cuanto a su existencia, no puede ser objeto de pacto entre las partes, precisamente por ser una potestad, indisponible e irrenunciable a la voluntad, como todas. Siendo una garantía de su ejercicio el que no se puedan configurar sanciones implícitas no tipificadas legalmente.

¹⁹⁵ Granillo Ocampo, Op. Cit. Pág. 161.

¹⁹⁶ Ídem. Pág. 167.

¹⁹⁷ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 85 y 86.

Por otra parte, un aspecto fundamental de esta atribución de los entes estatales en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, es tener presente que el cocontratante del estado, es como se ha sostenido, un colaborador un coadyuvante en el logro del interés público, por ello, es indispensable destacar que a dichos órganos estatales, no les interesa la aplicación de sanciones en sí mismas, o castigar a sus colaboradores, sino que, deben acudir a esta facultad, única y exclusivamente cuando la ejecución del contrato no es la debida, y se requiere de un correctivo para salvaguardar el interés público, aun cuando ello implique la sustitución del contratista. En el mismo tenor, ha de tenerse en cuenta que los entes estatales actuarán con exceso de poder, e incluso ilegalmente, cuando el incumplimiento del cocontratante se deba a circunstancias que no le sean imputables, entre las que destaca sin lugar a dudas los hechos de la administración y el caso fortuito o fuerza mayor.

Como es sabido el caso fortuito o fuerza mayor son descritos como los hechos de la naturaleza o del hombre, independientes de la voluntad del obligado, que resultan imprevisibles, o que siendo previsibles, resultan irresistibles e insuperables, por tanto, impiden en forma definitiva el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En ese sentido se expresa Escola¹⁹⁸, quien asegura que según su naturaleza temporaria o permanente, el efecto en el contrato tendrá distintas repercusiones: siendo una situación transitoria, dará lugar a la suspensión del contrato, por lo que pasados sus efectos, el contrato de que se trate seguirá su vida normal, por lo que su efecto será temporal; siendo el hecho permanente, la imposibilidad de cumplimiento se tornará irreversible, los efectos del hecho permanecerán. en consecuencia, la acción que queda al órgano estatal es la terminación de la relación contractual, vía la rescisión del contrato, sin responsabilidad alguna para el cocontratante particular dicho en palabras del autor que venimos comentando. El otro hecho a distinguir es el proveniente del estado, conocido como *factum principis* ya tratado líneas arriba, por lo que para efecto de evitar repeticiones, me remito a lo ya dicho sobre ese punto. Debiendo tomarse en consideración lo que sobre el particular expone Escola¹⁹⁹ con las objeciones hechas a su postura sobre este punto.

¹⁹⁸ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 684 y 685.

¹⁹⁹ Ibidem.

Ahora bien, la doctrina reconoce la existencia de diversos grados en la aplicación de la potestad sancionadora, según Berçaitz²⁰⁰ y Escola²⁰¹, las sanciones se clasifican en pecuniarias, coercitivas y rescisorias, excluyendo aquellas que resultan sólo de especial aplicación a un contrato administrativo en lo particular, el primero de los autores, afirma que es ésta, la más clara expresión del estado de subordinación del cocontratante, y su objeto primordial estriba en compulsar a éste al estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En el mismo sentido, cabe afirmar que el hecho de que los entes estatales actúen como primer juez del cumplimiento del contrato, ergo aplicación de multas y sanciones, ratifica, sin lugar a dudas, que el actuar del órgano estatal es con carácter ejecutivo, como corresponde a quien ejerce la función administrativa.

Sobre el mismo tema Berçaitz²⁰² identifica a las sanciones pecuniarias como aquellas que se traducen en multas o cláusulas penales, contractualmente establecidas, con carácter fijo o dentro de una escala. Ante la inexistencia de disposición expresa o pacto sobre ellas debe acudir a los conceptos de daños y perjuicios.

En lo referente a la aplicación de multas y los efectos de éstas el mismo autor²⁰³ refiere que su determinación y monto, no tiene vinculación con el perjuicio experimentado por el ente estatal. Esto debido que no tiene finalidad resarcitoria, sino compulsiva, esto es, compeler al cocontratante a un mejor y más eficiente cumplimiento de las prestaciones a su cargo, por lo que procede su aplicación sin que la falta cometida reporte daños al estado, no debiendo imponerse sin previa intimación, o en el supuesto de que el cocontratante se constituya en mora. Creo conveniente destacar que cuando menos en nuestro derecho administrativo. las más de las veces, las leyes y reglamentos se limitan a señalar la necesidad de que sean pactadas en los contratos administrativos, por tanto, su aplicación y comprensión, ha de darse con la interpretación de lo pactado, sumado a la aplicación supletoria de las normas del derecho común, interpretadas bajo las directrices del derecho público.

²⁰⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 417.

²⁰¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 681.

²⁰² Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 418.

²⁰³ Ídem. Págs. 419 y 420.

El mismo Berçaitz²⁰⁴ define a las sanciones coercitivas o sustitutivas como aquellas que tienen por efecto el reemplazo provisional del cocontratante en la ejecución parcial o total de las obligaciones, a efecto de que el incumplimiento provisorio no afecte el principio de continuidad que impera en éstos contratos. Por su naturaleza sólo deben aplicarse durante el tiempo necesario para superar el incumplimiento momentáneo del contratista y con ello lograr la normalización del servicio público, de la obra, del suministro, etc. Cuando su aplicación no ayuda a superar el incumplimiento parcial, el reemplazo debe ser definitivo, vía la rescisión administrativa del contrato.

Por su naturaleza, su aplicación funciona fundamentalmente en los contratos de tracto sucesivo, toda vez que en los de ejecución inmediata, resulta de casi imposible aplicación, en razón de que en esos casos, lo consecuente, será la aplicación de la facultad rescisoria. Afirma Berçaitz²⁰⁵ Y que “El reemplazo del cocontratante se hace por cuenta y riesgo de éste. Debe ser precedida siempre, atento a su gravedad, por una previa inmoración o constitución en mora, salvo el caso de mora *ex re* o de mora pactada automáticamente.”

El propio Berçaitz²⁰⁶ distingue entre dos tipos de sustituciones del cocontratante, una que opera para superar circunstancias y necesidades perentorias, impostergables, producidas por caso fortuito o fuerza mayor, que exige la inmediata actuación del órgano estatal, para evitar la paralización de los servicios públicos, o evitar la insatisfacción del interés público, que motivó y fue causa de la celebración del contrato; en el segundo caso opera como sanción ante el incumplimiento del cocontratante por la existencia de actos u omisiones imputables al mismo. Las consecuencias en éste supuesto son que el cocontratante correrá con los gastos generados y en el primer caso debido a que son provocados por caso fortuito o fuerza mayor, los gastos corren por cuenta del ente estatal, incluyendo el uso de los bienes del cocontratante.

Creo necesario reiterar que en tal caso sí es indispensable que esta facultad conste expresamente en alguna norma jurídica, pues de lo contrario el órgano estatal, al ejercer la

²⁰⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 420.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ídem. Págs. 424 y 425.

función administrativa, actuará con exceso de poder, en conculcación de la garantía de legalidad y seguridad jurídica del cocontratante, pues todo aquello que no le está expresamente permitido le está prohibido. Sin embargo, expone el autor Berçaitz²⁰⁷ "Para el ejercicio de esta atribución no es preciso que se halle pactada en el contrato respectivo.", Tal vez teniendo en mente, objeciones como la mía el autor de mérito, líneas más adelante señala que "Por su gravedad, la decisión administrativa debe fundarse ampliamente y rodearse del máximo de recaudos y pruebas." Esto es, en parte se desdice de lo afirmado, ya que en principio resulta imposible fundar algo que no está previsto en el derecho, luego entonces ante la pregunta ¿Cómo justificará su acto el órgano del estado que no sustente en derecho sus actos? La respuesta es contundente No existe forma de que lo haga una autoridad en ejercicio de la función administrativa.

Como su nombre lo indica, las sanciones rescisorias son aquellas que dan por terminada la relación contractual, sin que se hayan cumplido todas las obligaciones, esto por causa imputable al cocontratante. Coincido con Berçaitz²⁰⁸ en el sentido de que este tipo de medidas, por sus efectos siempre han de estar precedidas de avisos preventivos para corregir los incumplimientos, o cuando existe un incumplimiento indudable, es decir de intimaciones o constitución en mora, en cuyo caso es factible sumar a estas los daños y perjuicios sufridos por el ente estatal con motivo del incumplimiento.

En el caso de los contratos de prestación de servicios públicos y de obra pública, el ejercicio de las sanciones rescisorias han de prever la ocupación de los inmuebles, debiéndose reglar con claridad el momento procesal para ello, que en mi opinión puede ser como medida cautelar o precautoria, es decir, al momento de iniciar el procedimiento de rescisión administrativa, provisoriamente en el primer caso, y definitiva en el segundo, previo pago de su valor en esta última hipótesis.

Un efecto natural de la aplicación de esta sanción es la pérdida parcial o total de las garantías de cumplimiento otorgadas dependiendo de lo pactado y del grado del incumplimiento y a falta de pacto serán de aplicación supletoria las normas de derecho

²⁰⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 425 y 426.

²⁰⁸ Idem. Págs. 420 y 421.

común o civil. Más adelante me volveré a ocupar con más detalle de la figura de la facultad rescisoria, al tratar lo relativo a la extinción de los contratos administrativos. En sentido similar se expresa Cassagne²⁰⁹.

1.3.2.7.- LA FACULTAD DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y METODOLOGÍA JURÍDICA APLICABLE.

A lo largo de este apartado hemos demostrado detalladamente que los contratos administrativos están sujetos a un régimen especial, un régimen jurídico de derecho público, que por perseguir el logro del interés público, les otorga marco diferente al de la categoría general de contrato, por tanto, en su interpretación ha de detenerse presente en todo momento el principio de legalidad, esto a efecto de evitar abusos de poder por parte de los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa, definida ésta desde el punto de vista material u objetivo, así mismo, hemos detallado las notas que caracterizan a este contrato, tales como los principios de continuidad, de dirección y control, de mutabilidad, de mantenimiento de la ecuación económico – financiera, y de la potestad sancionadora, los cuales hacen de los contratos celebrados por los entes estatales diferentes, no sólo los clásicos contratos administrativos, sino todos aquellos celebrados por el estado.

En tal sentido estoy en total concordancia con el maestro Serra Rojas²¹⁰ cuando al tratar lo relativo a los contratos civiles realizados por la administración pública afirma lo siguiente: “...vemos con recelo esta forma, porque en derecho privado la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos y por lo que se refiere a los contratos administrativos creemos que esta formula debe ser: en derecho público el interés general, es la suprema ley de los contratos administrativos.” Inmediatamente, el autor de mérito cita al tratadista argentino Agustín A. Gordillo quien medularmente afirma que “...En suma, en lugar de haber ‘contratos civiles’, y ‘contratos administrativos’ los primeros con exclusiva aplicación del derecho privado y los segundos con un régimen autoritario y exorbitante, hoy en día existe un sólo grupo de contratos administrativos, a mitad de camino entre ambos cuentan con un régimen de derecho público, pero más equitativo y justo que el clásico. Dentro de estos contratos, con

²⁰⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 86 y 87.

²¹⁰ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 642.

todo existen ciertas gradaciones en cuanto a intensidad del régimen de derecho público; pero ellas no alcanzan a modificar la naturaleza del contrato.” Más adelante el tratadista mexicano señala que “La mayor parte de los casos en que se aplica el derecho privado, son situaciones ‘de reenvío’. Ante la insuficiencia de la ley administrativa, se recurre al código civil o al código de comercio. Lógicamente la norma de derecho privado se rige en una norma de derecho público. El esfuerzo del legislador debe ser no apartarse de las instituciones públicas, elaborando el propio régimen jurídico que le corresponde. Considero justa la actitud de eliminar toda referencia al derecho privado, en las relaciones que corresponden al derecho público...” En el mismo sentido, se expresan el tratadista el tratadista argentino José Roberto Dromi²¹¹ y el Español Ramón Parada²¹².

Desde mi punto de vista, la interpretación de los contratos administrativos, debe hacerse atendiendo a las reglas generales de interpretación del derecho administrativo, y los órganos del estado deben tener presente que son ellos los primeros jueces de los contratos que celebran, por lo que para ello, como para el ejercicio de la función administrativa en general, lo único que deben tener presente es el logro del interés público, así mismo, como lo afirmara el maestro Fraga²¹³ siguiendo las ideas de Gastón Jèze “...Se puede a este respecto formular las proposiciones siguiente: 1º Hay principios de justicia y de equidad que dominan todos los contratos, de cualquier naturaleza que sean, de derecho privado o público. Estos principios derivan de algunas ideas fundamentales: la palabra dada debe ser respetada; el que comete una falta en la ejecución de sus obligaciones debe soportar las consecuencias; las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas y ejecutadas razonablemente, según la intención de las partes, sin atenerse muy estrechamente al sentido literal de los términos empleados; las obligaciones de las partes no son sólo las que están formalmente expresadas en el contrato, sino todas las que resulten de la naturaleza del contrato y de los usos admitidos para estos contratos, etc. “

²¹¹ Dromi, José Roberto, Op. Cit. Págs. 359 a 362.

²¹² Parada, Ramón, Derecho Administrativo I, 12ª Ed, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000. Págs. 270 a 272.

²¹³ Fraga, Gabino, Op. Cit. Págs. 401 y 402.

“Estos principios se aplican indiscutiblemente a los contratos administrativos propiamente dichos. Sin embargo, es preciso observar que las fórmulas por las cuales los códigos de derecho privado han traducido más o menos felizmente estos principios, no se aplican a los contratos administrativos. Estas formulas tiene fuerza obligatoria para las relaciones contractuales a que se refieren: las que resultan de los contratos de derecho privado. Las formulas no rigen a los contratos administrativos, lo que les es aplicable son las ideas que expresan esas formulas: se podrá sacar argumento de la idea, pero no del texto. En efecto, la idea general de justicia y de equidad puede, en las relaciones del contratante y de la administración, implicar consecuencias diferentes de las que el derecho privado ha formulado para las relaciones de particular a particular; hay un elemento esencial que el derecho privado no tiene en cuenta: las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público (las necesidades del cumplimiento eficaz de las atribuciones del estado, diríamos nosotros); 2º Hay reglas técnicas en los códigos de derecho privado (Código Civil, Código de Comercio) para tal o cual contrato (venta, arrendamiento, fletamento, transportes, etc.). El derecho privado constituye tipos de contratos civiles o comerciales, de convenciones celebradas en ciertas materias entre particulares.”

“Estas reglas se aplican indiscutiblemente a los contratos celebrados por el estado, aun para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. (Léase para lograr el interés público, apunto yo) Pero hay que aplicarlos por analogía a contratos administrativos que a primera vista se asemejan a ciertos contratos de derecho privado, pero en realidad son contratos diferentes...Es pues, un error grosero, que un jurisconsulto no debe cometer, el querer a causa de la analogía aparente, aplicar las reglas del derecho privado editadas para el contrato de venta, al contrato administrativo de suministro; las reglas de derecho privado editadas para el contrato de arrendamiento de obra, al contrato administrativo de trabajo público.”

Continua exponiendo el tratadista mexicano “Lo anterior demuestra claramente que como en el contrato administrativo existe un íntimo enlace entre las prestaciones que él impone y el cumplimiento de las atribuciones del Estado, es indispensable que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que, en todo caso, pongan a salvo

dichas atribuciones aun con sacrificio dentro de la situación originada por el contrato, del interés privado del co-contratante de la administración.” Y concluye afirmando “de tal manera, que la regla fundamental de interpretación de los contratos administrativos debe ser la de que, en caso de duda, las cláusulas de aquéllos deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño por parte del Estado de la atribución que está comprometida.”

Al respecto debe tenerse en cuenta lo que sobre el particular afirma Cassagne²¹⁴ “En cualquier caso, es evidente que cuando la interpretación no afecta la causa final o finalidad del contrato administrativo sino al particular contratista (v.gr. prestaciones pecuniarias a cargo de la administración) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudir a las normas de la legislación civil o comercial.” Agrego yo, en tal caso, debe siempre privilegiarse como ya quedó sustentado, el mantenimiento de la ecuación económico – financiera, establecida al momento de celebrar el contrato. Para sustentar lo anterior, el propio Cassagne²¹⁵ abunda en lo ya afirmado en la misma obra pero páginas más adelante afirmando que en materia contractual los problemas se resuelven mediante la aplicación de los principio de la justicia conmutativa.

1.4.- LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Así como en su estructuración y en su ejecución los contratos administrativos se sujetan a normas y principios jurídicos diferentes de los que rigen a la que líneas arriba quedo delineada como categoría general del contrato, y en especial de los contratos de derecho común, igualmente, cabe destacar que esas normas diferentes devienen de normas jurídicas y no como en muchos casos se piensa de principios generales del derecho administrativo. Pero sin duda en muchos casos esas formas de extinción guardan cierta semejanza o paralelismo con las formas de extinción del acto administrativo.

²¹⁴ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 35.

²¹⁵ Idem. Págs. 78 y 79.

1.4.1.- CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Atendiendo al hecho de considerar que los contratos administrativos se extinguen por dos circunstancias, de simple apreciación, su cumplimiento o incumplimiento, el autor argentino Escola²¹⁶ las clasifica esas formas de terminación en a) normal y b) anormal. Para Berçaitz²¹⁷ la extinción de los contratos administrativos adopta diversas formas que clasifica en un total de seis entre las que mezcla las clasificadas por Escola como normales y anormales.

Por su parte, Cassagne²¹⁸ quien después de afirmar que resultaría un ejercicio innecesario hacer una recopilación a cerca de las complejas clasificaciones y terminologías que se ha usado para establecer las formas de extinción de los contratos administrativos, afirma que dicha postura no es impedimento para observar la existencia de tipos normales de extinción (cumplimiento contractual y vencimiento del plazo) en forma paralela a los supuestos de extinción de los contratos relacionados con su validez (revocación por ilegitimidad y anulación judicial, en su caso), incluyendo los tipos de extinción *ex lege* y los que se fundan sólo en el pacto.

Finaliza su exposición el autor diciendo "En materia de extinción del contrato administrativo por razones inherentes a su cumplimiento, no obstante la especificidad que puede revestir la técnica extintiva, cuando trasunta el ejercicio de una potestad pública, la figura de la resolución contractual refleja con mayor precisión la idea que traduce la ruptura del vínculo por incumplimiento obligacional, permitiendo englobar dentro de ella las otras clases de extinción que poseen, ya sea unos rasgos distintivos propios (v.gr. caducidad) o bien, una denominación que la doctrina moderna considera similar (ej.: la figura de la rescisión a secas o rescisión unilateral en los contratos de obras públicas y de suministros)."

²¹⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 694.

²¹⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 475.

²¹⁸ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 91.

En principio estoy de acuerdo con lo expuesto por Cassagne, sin embargo creo que el uso de la clasificación enunciada por Escola da lugar una mayor claridad conceptual, por lo que adoptamos esa clasificación para fines prácticos.

1.4.1.1.- MODOS NORMALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1.4.1.1.1.- EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

Sin lugar a dudas el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes resulta ser la causa de extinción normal de todo contrato y el administrativo no es la excepción, en este sentido se expresan autores como Escola²¹⁹ y Cassagne²²⁰, quien desde un punto de vista práctico jurídico apunta sobre el particular que “Para que el objeto del contrato administrativo se considere cumplido se requiere de un acto expreso y formal que certifique la entrega, recepción o la conformidad de la Administración con la obra, bien o prestación encomendada al contratista (en los contratos de colaboración donde la prestación principal se haya a cargo del co-contratante privado).”

1.4.1.1.2.- EL VENCIMIENTO DEL PLAZO.

La mayoría de los autores, coinciden en establecer que los contratos administrativos también pueden terminarse por el cumplimiento del plazo establecido en el contrato, sin que esto tenga relación alguna con la obtención de un resultado específico como puede serlo la entrega de cosas por determinado tiempo (suministro de tracto sucesivo), la ejecución y terminación de una obra en un plazo determinado, la concesión de una obra, la concesión de un servicio público etc., sino que requieren del mantenimiento de una situación por un tiempo determinado. Al respecto es de destacarse que en ningún caso se da ejemplo claro de esta forma de extinción de contratos administrativos, a decir verdad, resulta difícil tener en mente un contrato administrativo, cuyo objeto consista en el mantenimiento de una situación determinada por un tiempo determinado y que a través de esto el órgano del estado de que

²¹⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 694.

²²⁰ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 92 y 93.

se trate logre el cumplimiento del interés público, por lo que, dudo de la existencia de contratos administrativos con estas características y expreso mi recelo por considerar esta forma de terminación del contrato administrativo.

Contrario a mi opinión, como ya lo señale, algunos autores la consideran, tal es el caso de los autores argentinos Escola²²¹, Cassagne²²² y Berçaitz²²³, para quienes existen contratos administrativos en los que lo importante es el mantenimiento de una situación, durante el plazo determinado en el mismo contrato, y observan que en ellos el elemento que adquiere preponderancia relevante es el plazo de su duración, ya que lo que el ente estatal requiere es asegurarse de que durante el plazo del contrato el cocontratante realice una actividad determinada, por lo que al terminarse éste concluyen los efectos del contrato. Sin embargo, me resulta dudoso que el sólo transcurso del tiempo los extinga, ya que en el supuesto de incumplimiento de la prestación, se estará ante el incumplimiento del contrato, pero no ante su extinción.

Esto es, consideran que independientemente del cumplimiento de las obligaciones de tracto sucesivo que por ejemplo conlleva una concesión, esta se concluye vencido el plazo. Pero no estoy de acuerdo debido a que lo fundamental en este caso será el cumplimiento de las obligaciones de inherentes a la concesión de que se trate y claro está durante el plazo que en ella se estableció y al no tener en mente un contrato que tenga por objeto el mantenimiento de una situación determinada con absoluta independencia del cumplimiento de ciertas obligaciones ya fueran estas de dar o de hacer, o de cualquier tipo, debo concluir, que no existe esta forma de extinción, en consecuencia el cumplimiento del objeto del contrato resulta ser la única forma de extinción natural del contrato administrativo.

²²¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 695.

²²² Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 91 y 92.

²²³ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 479.

1.4.1.2.- MODOS ANORMALES DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Lo anormal en un contrato es el incumplimiento del mismo, pero ello puede acontecer por causas muy diversas, por lo que da lugar a muy disímiles formas de extinción del contrato administrativo, esto en razón de que dichas causas pueden ser imputables a los órganos estatales, al cocontratante de estos o bien ser independientes de la voluntad de ambas partes, e incluso hay quien incluye el acuerdo voluntario de las partes, en tal razón, los modos de terminación son más y variados, pero en muchos casos con efectos similares, lo que ha ocasionado la asimilación de unos a otros no siempre con razón.

Otro problema en este tema, es la pretensión de aplicar a la extinción de los contratos administrativos las mismas causas que al acto administrativo, lo cual no resulta correcto, en atención a que éste, a diferencia del contrato, no es emitido por una sola persona, en este caso el ente estatal, sino que en el contrato administrativo, como en todos los demás, existe entre las partes, un vínculo jurídico producido por la unión de dos o más voluntades para el logro del objeto contractualmente establecido, aun cuando con fines distintos, este vínculo no puede extinguirse, por el simple transcurso del tiempo (caducidad), o por el acto voluntario de una de las partes, consistente en retirar del mundo jurídico el acto administrativo que le dio vida al contrato, (revocación), ya que nunca se explica en estos casos lo que sucede con la voluntad del cocontratante, esto es, la revocación es adecuada de los actos propios, no de aquellos en los cuales interviene de buena fe otra persona, por no explicarse con claridad que sucede con la otra parte y los efectos jurídicos que ha producido o dejado de producir, etc. Sobre este particular nuestro más alto tribunal se ha pronunciado en ese sentido al emitir las tesis que a continuación se citan:

“REVOCACIÓN. FACULTADES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

Por cuanto a la competencia y facultades de las autoridades administrativas para revocar sus propias resoluciones, es cierto que la Suprema Corte ha estimado que dichas autoridades pueden revocar sus resoluciones, cuando crean derechos a favor de las partes interesadas; y también es cierto que la propia Corte ha resuelto que los actos de autoridades administrativas que no han sido legalmente fundados, no otorgan derechos a sus titulares, y que el Ejecutivo Federal tiene facultades para declarar la nulidad de un contrato administrativo celebrado con

violación de preceptos de derecho público, pues tal declaración sólo constituye la declaración de una existencia iuris et de iure. Pero entre ambas posiciones no hay contradicción, pues claramente se refieren a situaciones diferentes. En efecto, cuando el acto de autoridad constituye una concesión o derecho relacionado con la prestación de un servicio público, o con situaciones de derecho público, las autoridades administrativas a quienes la ley encarga la prestación o vigilancia de esos servicios o situaciones, si pueden revocar sus determinaciones, en atención al interés público, por el que deben velar en el orden administrativo. Pero cuando se trata de resoluciones que establecen un derecho que entra como derecho privado al patrimonio de un particular, en forma definitiva y, en principio, permanente, no pueden revocar por sí y ante sí sus determinaciones.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión RA-489/70. Manuel Díaz Arce. 19 de abril de 1971. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tomo: 28 Sexta Parte. Página: 58."

“CONTRATOS CONCESIÓN, RESCISIÓN DE LOS, POR LAS AUTORIDADES CONTRATANTES. Cuando se trata de un contrato concesión o de un acto administrativo aunque creado de una situación jurídica individual, es fuerza convenir en que el Poder Público que lo celebró, tiene facultades para decretar su disolución, conforme a la ley, porque el servicio público y el interés colectivo, son los fundamentos y el fin o límite del poder gubernamental, sin que sea necesario acudir al ejercicio de una acción dilatada ante el Poder Judicial ya que, por otra parte, no le está encomendada la administración, y por lo mismo, no puede saber si es o no posible, sin daño público la suspensión de las obras que tienen ese carácter o la terminación de una franquicia otorgada en razón de un interés colectivo. El poder público no puede encerrar su iniciativa en los límites de un compromiso que, en un momento dado, olvide o desconozca las necesidades siempre variables del interés general. El origen y el objeto de toda concesión, es la utilidad común y no un interés particular, y sólo a este precio consiente la ley en su celebración, a saber: que el poder público que tiene a su cuidado el bien de los pueblos, pueda rescindir por sí y ante sí los contratos concesión, siempre con base de la ley aun cuando la rescisión lesione los intereses jurídicos del concesionario. Esta facultad del poder público, que debe ser cláusula imbíbida, expresada o no, en el contrato concesión o en el acto administrativo creador de una situación jurídica particular, por onerosa que sea, no tiene derecho de repudiarla el concesionario que acepta el beneficio. Ahora bien, si de autos aparece que un Ayuntamiento, mediante contrato celebrado en escritura pública cedió a un particular el beneficio de prestar el servicio público de limpia de una ciudad, comprometiéndose a pagarle determinada suma diaria, y se comprueba debidamente que el desempeño de ese servicio es rendido en perjuicio de la salubridad de los habitantes, por su mala prestación y deficiencias, atenta la tesis mencionada y en virtud de su estricta obligación de velar por la salud pública es claro el derecho del Ayuntamiento para rescindir de plano y sin necesidad de tener

que acudir a un procedimiento judicial y dilatado, el mencionado contrato, así como también por la urgencia de remediar una situación anómala, por antihigiénica y peligrosa, aun lesionando cierta y determinada situación adquirida por el concesionario, ya que éste puede exigir la reparación del ejercicio que se le causa, por los medios legales adecuados.

Amparo administrativo en revisión 2327/37. Aguilera Pedro. 31 de julio de 1937. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José M. Truchuelo. Relator: Alonso Aznar Mendoza.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LIII. Página: 3947."

"CONTRATOS CONCESIÓN. El origen y el objeto de toda concesión, es la utilidad común y no un interés particular, y sólo a este precio consiente la ley en su celebración. Por tanto, la facultad que tiene el poder público para rescindirla y que debe ser cláusula imbíbida expresada o no en el contrato concesión o en el acto administrativo creador de una situación jurídica particular, por onerosa que sea, no da al concesionario que acepte el beneficio, el derecho de repudiarla.

Amparo administrativo en revisión 712/36. Compañía Industrial El Potosí, S.A. 12 de agosto de 1936. Mayoría de tres votos. Disidentes: Agustín Gómez Campos y José María Truchuelo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: XLIX. Página: 2629."

Respecto del tema de la declaración de caducidad del contrato administrativo, el autor Cassagne²²⁴ señala que dicha concepción es una herencia o reminiscencia de incorporar a los contratos administrativos, figuras propias del acto administrativo.

Otra causa de confusión en materia de extinción de los contratos administrativos, es la pretensión de aplicar la terminología de derecho común, a los contratos administrativos, que como ya quedó analizado, presentan aspectos especiales que implican soluciones diferentes, acordes a su naturaleza, no obstante, resulta común que se use terminología tal como resolución, terminación y rescisión con el enfoque civilista.

Igualmente se pretende el uso de otras figuras de derecho común que no resultan propias de la finalidad de interés público perseguida con la celebración de los contratos administrativos y así se pretende la celebración de contratos administrativos sujetos a condición resolutoria, o

²²⁴ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 102.

finiquitar el contrato. En el primer supuesto el cocontratante tendrá derecho a una indemnización que desde nuestro punto de vista ha de ser integral. En ese sentido se pronuncia el autor Escola²²⁶.

1.4.1.2.3.- RESCISIÓN POR CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR, HECHO DEL PRÍNCIPE Y HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN.

Estas formas de terminación de los contratos administrativos ya fueron explicadas en los puntos 1.4.1.2.1 y 1.4.1.2.2, por lo que en obvio de repeticiones inútiles ha de estarse a lo ahí expuesto. Sólo debo añadir que en un caso se hace referencia a la causa real y en otra al procedimiento a seguir con la calificación de los distintos supuestos en que suele suceder que desaparezca el objeto del contrato.

1.4.1.2.4.- RESCISIÓN POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL COCONTRATANTE.

En estricto sentido, nuevamente estamos ante una calificación distinta de las formas de extinción ya tratadas en los puntos 1.4.1.2.1 y 1.4.1.2.2, esto en razón de que las causas no imputables al cocontratante, sin lugar a dudas no puede ser otras que las derivadas del caso fortuito y fuerza mayor, del *factum principis* e incluso del hecho de la administración. En unos casos existirá responsabilidad para el órgano estatal y en otros no, según sea el caso. Los casos de *factum principis* y hecho del ente estatal o de la administración, han de ser reclamados ante el contratante público, en caso de respuesta negativa, el cocontratante deberá reclamar sus derechos ante la autoridad judicial competente, ya que puede tratarse de abusos o excesos en el uso de prerrogativas tales como el *potestas variandi*, que impliquen el rompimiento definitivo de la ecuación económico – financiera, o incluso actos ilícitos del órgano del estado que impliquen incumplimiento del contrato respectivo o ubiquen al cocontratante en imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas. En consecuencia, en algunos casos, la terminación de la relación contractual podrá ser mediante la celebración de

²²⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 696 y 697.

convenio entre las partes, pero en otros se requerirá de la obtención de una resolución administrativa o judicial, según sea el caso.

1.4.1.2.5.- RESCISIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES AL COCONTRATANTE.

Este supuesto se explica por el ejercicio de la potestad rescisoria por parte del órgano estatal ante el incumplimiento del cocontratante, incluso por muerte del mismo en caso de ser persona física, toda vez que la muerte del administrador o del socio mayoritario no necesariamente da lugar a la desaparición de la sociedad o a la imposibilidad de cumplimiento. Generalmente la potestad rescisoria debe ejercerse previa intimación motivada por atrasos o incumplimientos parciales del contrato; dado que esos incumplimientos dependen del tipo de contrato y objeto específico del mismo, no resulta conveniente hacer un análisis de las causales de rescisión ya que dependerán de lo pactado, del objeto específico del contrato y tanto de los hechos como de las circunstancias que confluían en el caso.

Se substancia como un procedimiento sumario, en el que deben cumplirse todas las garantías inherentes a dicho procedimiento, en donde además en respeto al principio de buena fe que aplica al derecho administrativo, ha de informarse al cocontratante de los pasos a seguir hasta su conclusión y las opciones de impugnación a que tiene derecho. Finaliza con la emisión de un acto administrativo que determina la terminación de la relación contractual y las sanciones, que en su caso, corresponde aplicar al cocontratante.

Cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado señalando la facultad que tienen los entes estatales para rescindir por sí ante sí los contratos administrativos que ellos mismos celebran, ejemplo de ello, son las tesis que continuación reproduzco:

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISIÓN DE. En los contratos administrativos en los que se establece que el incumplimiento de cualquiera cláusula dará lugar a la rescisión, debe entenderse que el sometimiento que en dicho contrato se haga a determinados tribunales, se refiere a lo que no es del

resorte de las autoridades administrativas, pero de ninguna manera a la competencia de éstas, para declarar la rescisión radicada en una cuestión de orden administrativo.

Amparo administrativo en revisión 5693/45. Cía. Mexicana de Navegación, S. de R.L. y C.V. 30 de octubre de 1950. Unanimidad cinco votos. Ponente: Nicéforo Guerrero.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: CVI. Página: 1106."

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Debe estimarse para la apreciación del acto reclamado, que lo que podría llamarse cancelación, revocación o rescisión de un contrato administrativo, consiste fundamentalmente, en privar de efectos a ese contrato.

Amparo administrativo en revisión 8908/47. Lámbarri Jorge. 5 de marzo de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Nicéforo Guerrero. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: XCV. Página: 1690."

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISIÓN DE LOS, POR LA AUTORIDAD. Si la autoridad contratante rescinde el contrato celebrado, alegando falta de cumplimiento por el particular que con ella contrató, y éste pretende que con ello fue violado el artículo 16 constitucional, salta a la vista que ese precepto no establece ninguna garantía específica en materia de contratos, es decir, no concede ninguna garantía directa que puedan invocar las partes contratantes para proponer, en la vía constitucional, cuestiones relacionadas únicamente con el cumplimiento o incumplimiento de un contrato. Es verdad que este género de problemas constituye, en múltiples casos, la materia del juicio de amparo, pero también lo es que no se relaciona directamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales con la violación de garantías, pues la relación es indirecta, ya por inexacta aplicación de la ley que rige el contrato, ya por falta de aplicación del mismo, ya por inobservancia de las formas legales que regulan la prueba, etcétera. De modo que la violación constitucional no depende en forma necesaria y directa, del cumplimiento del contrato, sino en forma indirecta, por la violación de la ley ordinaria que funda o debió fundar el acto de las autoridades responsables. Si la autoridad administrativa rescinde el contrato, el particular contratante debe previamente someter el punto a las autoridades ordinarias, para que lo decidan de conformidad con las leyes que rigen el contrato, y sólo cuando se dicte sentencia en su contra, podrá ocurrir al amparo, alegando que se violaron en su perjuicio garantías individuales, por falta de fundamento legal, y por lo mismo, el juicio de amparo, que desde luego se promueva, es improcedente.

Amparos administrativos acumulados en revisión 2534/43. Formoso Joaquín, Jr., y la Cía. de Fianzas "América". 11 de agosto de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Manuel Bartlett Bautista. Relator: Gabino Fraga.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LXXVII. Página: 3784.

“CONTRATOS CONCESIÓN RESCISIÓN DE SIN FORMA DE JUICIO. Es cierto que existe una tesis de la Suprema Corte en el sentido de que cuando se trata de un contrato concesión o de un acto administrativo creador de una situación jurídica individual, el poder público que lo celebró tiene facultades para decretar su resolución, sin que sea necesario acudir al ejercicio de una acción dilatada ante el Poder Judicial, pero dicha tesis supone la existencia de un motivo de interés general como fundamento para que se pueda desconocer la situación creada en favor de un particular, y que dicho motivo esté fundado en la Constitución o en las leyes que de ella emanen.

Amparo administrativo en revisión 2309/40. Garza Pérez Ernesto. 6 de agosto de 1940. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo: LXV. Página: 4569.”

1.4.1.2.6.- RESCISIÓN POR CAUSA DE INTERÉS PÚBLICO, O POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA.

En este supuesto de extinción del contrato administrativo, sin que exista responsabilidad atribuible al cocontratante del órgano estatal, éste ejerce su potestad rescisoria en razón de que por razones de interés público, que se explican por la falta de oportunidad, mérito o conveniencia en el cumplimiento del objeto del contrato, esto es, el objeto que perseguía el ente estatal con la celebración del contrato deja de serle útil para el cumplimiento de las finalidades de interés público.

Dado que en este caso el cocontratante se encontraba cumpliendo sus obligaciones en forma normal y no existe acto alguno que pueda atribuírsele para determinar su responsabilidad en la terminación de la relación contractual, considero de toda justicia que el ente público quede obligado al pago de los daños y perjuicios que haya ocasionado al cocontratante con su decisión.

En ese sentido se pronuncia el autor Escola²²⁷, quien atinadamente señala que los actos motivo del ejercicio de esta facultad no tienen la fuerza de la cosa juzgada y pueden ser recurrido en sede judicial y que el cocontratante tiene derecho al pago de una indemnización total, que cubra tanto el *damnum emergens* (daño emergente) sufrido como del *lucrum cessans* (lucro cesante) ocasionado. En el mismo tenor se expresa Berçaitz²²⁸, quien además sostiene la idea de que los contratos administrativos pueden ser revocados y no rescindidos en razón de lo que específicamente determina la ley federal del procedimiento administrativo en su país Argentina.

1.4.1.2.7.- LA RENUNCIA DEL COCONTRATANTE.

Esta forma de extinción, únicamente es aplicable a los contratos administrativos de atribución, que son los que se otorgan en interés inmediato del cocontratante, según la clasificación propuesta por Marienhoff, ya analizada líneas arriba, esto es, en aquellos contratos en que existe un interés inmediato para el contratista, lo cual impide la existencia de contradicción directa al interés público, ya que ello impediría el derecho discrecional de aquel para renunciar al contrato, lo cual por lo general, así está determinado en la ley que norme el contrato, o bien porque así lo hayan acordado las partes, según lo expone claramente Cassagne²²⁹.

1.4.1.2.8.- EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR INVALIDEZ.

Aun cuando esta forma de extinción queda perfectamente encuadrada en el supuesto de rescisión por causa de interés público, creo conveniente aclarar que en algunos casos el contrato es celebrado con incumplimiento de alguno de sus requisitos de validez, lo cual obliga al ente público a determinar la nulidad lisa y llana del contrato o la nulidad para efectos, dependiendo del requisito incumplido, y de que sea evidente o no, ya sea en sede administrativa o ante autoridad jurisdiccional, por supuesto la resolución correspondiente o acto administrativo que declare la nulidad de que se trate y sus efectos serán retroactivos.

²²⁷ Escola, Jorge Héctor, Compendio Op. Cit. Págs. 698 y 699.

²²⁸ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 490.

²²⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 101.

Dependiendo del caso, el órgano estatal substanciará por sí y ante sí el procedimiento o en su defecto en sede judicial.

Por lo que hace a la justificación del porque los entes públicos tienen esta facultad el autor Berçaitz²³⁰ señala que ello se debe a que los entes estatales ejercen un poder de autotutela sobre los contratos que celebran a efecto de cerciorarse de que sólo cumplan su cometido aquellos que cumplieron con todos los requisitos que condicionan su validez, sacando del mundo jurídico aquellos que son ilegítimos por no cumplir en lo atinente a la competencia del órgano que los celebró, a la capacidad del cocontratante, al consentimiento prestado, a la observancia de las formas o procedimientos prescritos por las normas que los rigen, a su objeto y a su causa

Abundando en lo relativo a la anulación del contrato administrativo en sede administrativa o judicial el propio Berçaitz²³¹ afirma que si el contrato es nulo de nulidad manifiesta, no está revestido de presunción alguna de legitimidad, por lo que el órgano del estado puede dejarlo directa y unilateralmente sin efecto, declarando la existencia de un vicio que afecta la legitimidad del contrato y sólo cuando existan hechos que deban investigarse y esclarecerse debe acudir a sede judicial, en razón de que en ese supuesto el contrato tiene presunción de legitimidad que acompaña a todos los actos del estado realizados en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo.

²³⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 509.

²³¹ Ídem. Págs. 511 y 512.

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN MÉXICO.

A diferencia de otros países, como Argentina o España donde la reglamentación específica del contrato de obra pública data del siglo XIX, en unos casos en el ámbito legislativo y en otros judicial, en nuestro país la reglamentación del contrato se inició hasta ya bien entrado el siglo XX, a lo que debe sumarse que la primera legislación sobre la materia resultó por demás escueta e insuficiente, no siendo sino hasta los años ochentas que realmente se contó con una legislación que reguló debidamente los aspectos sustanciales del contrato de obra pública. Contrario a lo sucedido en el ámbito legislativo, a nivel doctrinal, desde el siglo XIX, se tuvo una clara idea de la existencia y de las características especiales que presentan los contratos administrativos y en especial del contrato de obra pública, lo cual orilla a deducir que en la práctica administrativa se conocía y se celebraba el contrato de mérito y esta circunstancia nunca fue tomada en consideración en la legislación, como a continuación quedará demostrado.

2.1.- PRIMERAS NORMAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Lo primero que debe tenerse presente respecto de las primeras regulaciones relativas al contrato de obra pública, es que ninguna de ellas fue de carácter sustantivo, esto es, todas ellas omitieron lo fundamental e importante regular la esencia del contrato de obra pública, ya que en realidad todas ellas se refieren a normas de tipo competencial, que otorgaban facultades a diversos órganos gubernamentales para celebrar este tipo de contratos, ya fueran de concesión de obra pública, o de obra pública propiamente dicha, pero nunca regularon a este contrato en sí, ya que no establecieron ninguna norma relativa a los aspectos de planeación, programación, presupuestación, contratación, control y ejecución de las obras, además de su finiquito, por lo que podemos afirmar que prácticamente no existieron normas que regularan el contrato de obra pública, sino hasta los años treinta del siglo XX, además en forma por demás incipiente.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

2.1.1.- DECRETO DEL CONGRESO DE 9 DE OCTUBRE DE 1826.

El autor Fernández Ruiz²³² considera que la primera norma que trata lo relativo al contrato de obra pública es un decreto del Congreso de fecha 9 de octubre de 1826, se autorizaba al gobierno realizar las acciones necesarias para la apertura y mejora de los caminos de la República. El autor cita textualmente el decreto, sin embargo no me parece trascendente comentarlo en razón de que sólo se trata de algunos puntos en que se señalan ciertas condiciones que debió cumplir el gobierno para contratar las concesiones de obra pública o en su defecto los créditos que sirvieran para financiar obras públicas relativas a la apertura o mejora de caminos. Como puede deducirse esta norma no reguló al contrato de obra pública, sino aspectos secundarios o incidentales y concomitantes con el mismo.

2.1.2.- LEY DE 29 DE MARZO DE 1834.

En el mismo sentido el autor²³³ a quien me vengo refiriendo, cita la Ley de 29 de marzo de 1834, e indica que fue emitida en aquel entonces por Valentín Gómez Farías, cuando fungió como Presidente de la República. El propósito de dicha norma fue dar impulso a la industria nacional, pero que en esencia reitera lo establecido por la norma citada anteriormente, es decir, establece algunas de las pautas que debió seguir el gobierno en la contratación de concesiones y de créditos para obra pública cuyo objeto era la apertura o mejora de caminos, por lo que hace hincapié en que el gobierno ha de cuidar que el interés del capital sea el menor posible y que para su pago se debieron establecer los peajes necesarios, pero no regula al contrato que nos ocupa en su esencia.

2.1.3.- LEY DE VÍAS GENERALES DE COMUNICACIÓN DE 1842.

Fernández Ruiz²³⁴, cita como otro antecedente normativo del contrato de obra pública, la ley expedida por el general Antonio López de Santa Anna, el 24 de septiembre de 1842, cuando fungía como presidente provisional de la república, quien actuó, en uso de las facultades que tenía conferidas conforme a lo establecido en la séptima de las "Bases de

²³² Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 111.

²³³ Ibidem.

²³⁴ Idem. Págs. 111 y 112.

organización para el gobierno provisional de la república adoptadas en Tacubaya el 28 de septiembre de 1841" (Bases de Tacubaya) la cual consistió en "todas las necesarias para la organización de todos los ramos de la administración pública": El entonces presidente, expidió un decreto, a través del cual se estableció un cuerpo civil de ingenieros de caminos, puentes y calzadas, lo que constituyó el primer intento de sistematización normativa en materia de vías de comunicación, pero no normó en substancia al contrato de obra pública.

2.2.- LA CONSTITUCIÓN DE 1857.

El hecho de que las fracciones VIII y XXII, del artículo 72, de la Constitución de 1857, otorgaron facultades al Congreso de la Unión para que legislara en materia de "empréstitos sobre el crédito de la nación", además de dictar leyes en materia de vías generales de comunicación, postas y correos, en opinión de Fernández Ruiz²³⁵ "...abrió la puerta para regular la contratación de obra pública referida a vías generales de comunicación, y la concesión de su explotación para recuperar su costo." Sin embargo, en estricto sentido no existe una norma sustantiva que regule esencialmente a este contrato y ello se debe a que la Constitución en comento, no contiene ningún artículo que trate al contrato de obra pública expresamente, así mismo, las facultades dadas al Congreso de la Unión, no hacen referencia expresa a la facultad de expedición de leyes que normaran al contrato de obra pública.

Ahora bien, si se quiere entrar al terreno de la especulación, si debo decir, que ante lo afirmado por Del Castillo Velasco²³⁶ en el Capítulo VI denominado "DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y LAS CONTRATAS" en el sentido de que "La delegación de las facultades propias de la administración a favor de particulares se hace en virtud de contratos ajustados a reglas de equidad y prudencia, para concertar los intereses del estado con los de los empresarios de obras y servicios públicos, porque sin esta concordia no hay justicia, ni conveniencia, ni seguridad en punto á la satisfacción de semejantes necesidades en lo venidero..." en base a lo cual se celebraban contratos para la ejecución de obras y la prestación de servicios mediante el procedimiento de subasta y remate público, por lo que podría afirmarse que en esa época existió una costumbre

²³⁵ Fernández Ruiz, Jorge. Op Cit. Pág. 112.

²³⁶ Castillo Velasco Del, José María, Op. Cit. Pág. 49.

administrativa que seguramente mediante sendos pliegos de requisitos o bases de concurso de una mal llamada subasta o remate público en lugar de licitación, se normó el contrato de obra pública, pero es en el campo de las deducciones lógicas, no de las normas jurídicas. Por ello, debo afirmar que en la Constitución de 1857 no existió ninguna norma que regulara al contrato de obra pública o mejor dicho que estableciera las bases para su regulación.

2.2.1.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL PORFIRIATO.

La situación normativa descrita en el punto que antecede, continuó así durante todo el tiempo en que nuestro país fue gobernado por el General Porfirio Díaz, esto es, no existió una reglamentación sustantiva del contrato de obra pública, y en contrapartida existió una costumbre administrativa bajo la cual se desarrollaron las obras públicas en esa época. El ya citado tratadista Fernández Ruiz²³⁷, afirma al respecto que “El porfiriato retoma la fórmula del contratista o concesionario ‘favorito’, adoptado por otro dictador: Antonio López de Santa Anna, para desarrollar su programa de obras públicas bajo el esquema del ‘contratismo’, posteriormente utilizado por numerosos gobernantes del país en beneficio propio y de sus familiares y descendientes.” Más adelante el autor de mérito²³⁸, señala que ese contratista ‘favorito’ fue Weetman Dickinson Pearson, con su empresa S. Pearson & Son.

Sobre el particular, sólo cabe añadir que esto, del contratista “favorito” es una costumbre de corrupción que persiste hasta nuestros días, con esquemas bien diseñados y perfectamente conocidos por las empresas contratistas, a los cuales haré referencia más adelante, no sin añadir que esta reiterada mala costumbre se refleja en que algunos funcionarios y empresas actúen con prácticas de tipo mafioso, creando fortunas cuantiosas tanto para funcionarios como empresarios, siempre a costa del erario público por el sobre costo lógico que esto implica en las obras.

Concerniente al aspecto normativo, Fernández Ruiz²³⁹, señala que “Se advertía, en las postrimerías del siglo XIX, un evidente retroceso de los derechos del Estado frente a los

²³⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 112.

²³⁸ Ídem. Pág. 113.

²³⁹ Ídem. Pág. 114.

particulares, en especial los extranjeros, en aras supuestamente de la modernidad; así, por ejemplo, se había renunciado al dominio eminente o potestad soberana –expresión jurídico-política de la soberanía interna– del Estado mexicano sobre la totalidad de su territorio.” Ejemplifica citando lo normado por el Código de Minería del 22 de noviembre de 1884, en cuanto a la propiedad minera, misma que podía adquirirse por cualquier persona capaz de adquirir bienes raíces, mediante descubrimiento y denuncia, transferirse como cualquier otro bien, y conservarse por tiempo ilimitado, además de que el dueño de un predio podía aprovechar para sí todo tipo de sustancias inorgánicas incluidos los yacimientos de petróleo que se encontraban en manantiales.

Fernández Ruiz²⁴⁰ hace referencia a la Ley de Secretarías de Estado de fecha 13 de mayo de 1891, destacando que fueron las secretarías de Comunicaciones y Obras Públicas, la de Hacienda y Crédito Público, y la de Comercio, quienes tuvieron las atribuciones relativas al otorgamiento de concesiones y obras públicas. Lo cual ratifica que hasta antes de la Constitución de 1917, a nivel constitucional y legal, no existió reglamentación específica, que regulara la esencia del contrato de obra pública, aún cuando, sí existieron normas de tipo competencial, que determinaron las dependencias del ejecutivo con facultades para celebrar ese tipo de contrato.

2.3.- LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

2.3.1.- TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

El artículo 27 constitucional, estableció el dominio eminente de la nación respecto del suelo y subsuelo, como una clara respuesta del sentir popular a lo determinado por la legislación emitida durante el porfiriato, momento en que se había renunciado a esa propiedad nacional e indicó en su sexto párrafo el carácter de inalienable e imprescriptible de esa propiedad.

Como ya se dijo, en la Constitución de 1857 no existe antecedente alguno del actual artículo 134 constitucional, así mismo, en el proyecto de Constitución elaborado por Don

²⁴⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 115.

Venustiano Carranza, no existió ningún artículo que hiciera referencia específica del contrato de obra pública, el Maestro Andrés Serra Rojas²⁴¹, explica así la génesis del citado precepto: “Durante el Congreso constituyente, sesión del 20 de diciembre de 1916, se presentó un proyecto de los diputados Bojórquez, Álvarez, Pintado Sánchez y otros, para adicionar el artículo 73 de la Constitución, en lo relativo a las facultades del Congreso, en los artículos siguientes:”

“XXXII. Para declarar nulo todo acto, contrato, privilegio o concesión verificados por los gobiernos posteriores al del señor Sebastián Lerdo de Tejada, que sea contrario a los preceptos de la Constitución, y en cualquier forma perjudicial a los intereses de la patria’. La comisión de puntos constitucionales, al parecer, no dio importancia a la iniciativa, pero sin duda mantuvo la inquietud del constituyente por un problema tan complejo de tan necesaria reglamentación.”

“Posteriormente y en el mismo Congreso constituyente en la sesión del 25 de enero de 1917, la comisión de puntos constitucionales dio a conocer en la 61ª sesión ordinaria, un proyecto del artículo 131 de la Constitución...”

Por su parte, Fernández Ruiz²⁴², apunta que el dictamen respectivo dirigido a los integrantes de la Cámara de Diputados expreso: “Ciudadanos Diputados:”

“Al título de la Constitución que contiene las prevenciones generales, la Comisión ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, para el servicio de la nación, las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos bien conocidos del antiguo régimen.”

“El artículo que se agrega, por ser el último de las prevenciones generales, llevará el número 131; pero como puede haber modificaciones en la numeración, la Comisión presenta éste bajo ese número, a reserva de que la Comisión de Estilo lo coloque en el lugar que le corresponde en la serie.”

Ambos autores, Serra Rojas²⁴³ y Fernández Ruiz²⁴⁴, señalan que este artículo fue discutido y aprobado por el Congreso Constituyente en la 64ª sesión celebrada el 27 de enero de 1917, pero sin mayor debate o modificación, agregándose a la Constitución

²⁴¹ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 663.

²⁴² Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 118.

²⁴³ Serra Rojas, Andrés, Op Cit. Pág. 664.

²⁴⁴ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 118.

Política de los Estados Unidos Mexicanos con el número 134 cuyo texto original quedo como a continuación se transcribe:

"Art. 134.- Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública."

De lo anterior se desprende que la intención del Congreso Constituyente, fue cuando que el estado requiriera la colaboración de particulares para ejecutar obras públicas, lo hiciera bajo al procedimiento de "subasta" o concurso, (que fueron usados como sinónimos por dicho poder, como se aprecia del dictamen presentado en la 61ª sesión y del texto propuesto del artículo 131), a fin para dar transparencia y legalidad a la adjudicación de estos contratos, en contraste con el favoritismo que prevaleció en el anterior régimen y como medida para evitarlo. Es por esto, que resulta por demás inexplicable que durante muchos años los poderes legislativo y ejecutivo no emitieran ninguna iniciativa ni ley, que regulara al contrato de obra pública.

Para Serra Rojas²⁴⁵ la aplicación del artículo 134 de la Constitución suscitó muchas controversias, debido a que su redacción no dejaba lugar a dudas sobre la obligación del gobierno de construir las obras públicas de acuerdo con el mismo, lo cual no ocurrió por dos razones fundamentalmente: a) La falta de una ley reglamentaria que hiciera posible su aplicación; b) El interés de los funcionarios por no sujetarse a procedimientos que limitaran su voluntad y afectaran sus intereses.

2.3.2.- EL ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL.

El artículo 126 constitucional establece las bases generales que regulan el gasto público al establecer la prohibición de que no se efectúe ningún pago si éste no fue previamente incluido en el presupuesto de egresos del año correspondiente, o bien, que estuviera previsto por una ley posterior, al disponer que:

"No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado en ley posterior."

²⁴⁵ Serra Rojas, Andrés, Op Cit. Pág. 664.

La relación de este precepto con el contrato de obra pública, está en determinar como norma general el que todas las obras públicas que realice el estado han de estar previstas en el presupuesto de egresos de cada año, esto es, siempre deben estar programadas, y claro está, presupuestadas, ya que de otra forma, no será válida la celebración de un contrato de obra pública para el que no exista partida presupuestal específica en el presupuesto de egresos, en razón de que, el ente público que lo celebre, carecerá de los recursos presupuestales necesarios para sufragar los gastos que implique la ejecución de una obra pública sin previsión presupuestal, es decir, establecerá un gasto no presupuestado.

Esta norma también es un freno a la improvisación y el capricho, pues tiende a evitar el cambio de programas y metas en las acciones de gobierno, aún cuando no siempre ha funcionado, ya que abusando de la figura de las adecuaciones presupuestarias, prevista por la actual Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, se ha llegado a la supresión de obras debidamente programadas y presupuestadas, para dar lugar a la ejecución de obras públicas por capricho del gobernante en turno, o lo que es peor, de quien dirige un órgano público determinado, haciendo de lado los programas institucionales, sectoriales, regionales, etc., esto es, el sistema de planeación democrática al que ya nos hemos referido, también establecido por una reforma constitucional, además de modificar de forma arbitraria, lo establecido en el presupuesto de egresos, esto sin que exista una ley posterior que determine ese cambio, en clara contradicción a lo establecido en el precepto constitucional que se comenta.

2.4.- LA FACULTAD DE CONTRATAR OBRA PÚBLICA EN LAS LEYES SECUNDARIAS DE 1917 A 1966.

Como la nomenclatura de este punto, las normas a que haré referencia en él, son de tipo competencial y en estricto sentido no regulan en substancia al contrato de obra pública, esto es, sus principios aplicables y forma de celebrar los contratos, dichas normas se limitan a únicamente establecer las facultades de algunas dependencias federales para celebrar este tipo de contratos, por supuesto atendiendo a los cometidos que en su oportunidad tuvieron encomendados.

2.4.1.- LEY DEL 13 DE ABRIL DE 1917.

Fernández Ruiz²⁴⁶, da cuenta de una Ley sin nombre de fecha 13 de abril de 1917, que tuvo por objeto establecer las normas "Para el despacho de los negocios de orden administrativo federal" y explica que en lo concerniente al contrato de obra pública, el artículo 10 de dicha norma, dio facultades a las seis secretarías de estado y a los tres departamentos administrativos para hacer las obras públicas que correspondían a sus ramos, señalando que para ello debían sujetarse a lo previsto por el artículo 134 Constitucional.

2.4.2.- LEY ORGÁNICA DE SECRETARÍAS DE ESTADO DEL 25 DE DICIEMBRE DE 1917.

El mismo autor²⁴⁷ hace referencia a la Ley Orgánica de Secretarías de Estado de fecha 25 de diciembre de 1917, la cual estableció la existencia de siete secretarías de estado y de cinco departamentos administrativos, estableciendo en el artículo 16, la facultad exclusiva de las Secretarías de de Comunicaciones y Obras Públicas y de Guerra, para ejecutar obras públicas, dando a la primera de ellas, facultades de ejecutar todas las requeridas por las dependencias y entidades que integraban a la administración pública federal, con excepción de las demandadas para la creación de fortificaciones, que correspondían a la segunda, esto, con sujeción a lo prescrito por el artículo 134 constitucional en cuanto a procedimiento, además de tener la obligación de respetar los proyectos que fuesen acordados con cada dependencia o entidad, y con cargo a los presupuestos asignados a cada una de ellas.

2.4.3.- LEY DE SECRETARÍAS DE ESTADO, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, Y DEMÁS DEPENDENCIAS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL DE 1934.

Casi diecisiete años después, el 22 de marzo de 1934, fue publicada la Ley de Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, y demás dependencias del Poder Ejecutivo Federal, la cual abrogó a la señalada en el punto anterior, la cual, comenta

²⁴⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 119.

²⁴⁷ Idem. Págs. 120 y 121.

Fernández Ruiz²⁴⁸, determinó distribuir las funciones del poder ejecutivo en un total de ocho secretarías de estado y cinco departamentos administrativos, en donde se incluyó por primera vez al Distrito Federal, las Procuradurías Generales de Justicia Federal y del Distrito Federal, así como los gobiernos de los territorios federales existentes, pero a diferencia de la anterior, esta norma no contiene ninguna disposición específica relativa a la celebración de contratos de obra pública. En general, las funciones relativas a contratos administrativos fueron asignadas a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Economía, de Agricultura y Fomento, y de Comunicaciones y Obras Públicas, así como al Departamento de Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares.

2.4.4.- LEY ORGÁNICA DEL DEPARTAMENTO DE CONTRALORÍA DE LA FEDERACIÓN DE 1926.

La primer norma secundaria que en materia de contratos administrativos, incluyendo, por supuesto, al de obra pública, establece, expresamente, la obligación específica para las dependencias y entidades de la administración pública, de dar estricto cumplimiento a lo determinado por el artículo 126 constitucional, en lo relativo al control presupuestal de los contratos, fue la Ley Orgánica del Departamento de Contraloría de la Federación, la cual fue publicada el 1º de marzo de 1926 y según explica Fernández Ruiz²⁴⁹, esta norma dedica su capítulo octavo a los contratos ya citados, pero por su contenido lo consagra al control de los mismos, determinado que es requisito sine qua non para la celebración de los mismos, la existencia de saldo suficiente en la partida presupuestal correspondiente, destinada a cubrir las erogaciones derivadas del objeto del contrato de que se trate, mediante la expedición de un certificado de saldo presupuestal, que más tarde pasaría a formar parte del contrato, teniendo la obligación dicho departamento administrativo de llevar un registro tanto de contratos como de los certificados de mérito. Finalmente, la norma lo faculta para objetar los contratos que fuesen contrarios a las leyes o a los intereses del estado, así como para procurar lo que más tarde ordenaría el artículo 134 Constitucional, las mejores condiciones en cuanto precio calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, pero no normó en sí al contrato de obra pública o a los procedimientos seguidos para la celebración de éstos.

²⁴⁸⁾ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Págs. 121 y 122.

²⁴⁹⁾ Ídem. Págs. 122 y 123.

2.4.5.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1935.

Ocho años más tarde, el 31 de diciembre de 1935, se publicó la primera de cuatro leyes con el mismo nombre, la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, la cual previó la existencia de ocho secretarías de estado y siete departamentos administrativos; Fernández Ruiz²⁵⁰ explica que las dependencias del ejecutivo federal con facultades en materia de control y ejecución de contratos de obra pública fueron las de Hacienda y Crédito Público y la de Comunicaciones y Obras Públicas respectivamente, siendo esta última la responsable de ejecutar la mayor parte de la obra pública, junto con las de Agricultura y Fomento y la de Guerra y Marina. Es de apuntarse que con la expedición de esta norma desapareció el Departamento de Contraloría de la Federación.

2.4.6.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1939.

El 30 de diciembre de 1939, sólo cuatro años después, es expedida y publicada la que sería la segunda Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, según explica Fernández Ruiz²⁵¹, esta norma aumentó a nueve las primeras y redujo a seis los segundos, en cuanto al tema que nos ocupa, las competencias concernientes al control y ejecución de los contratos de obra pública permaneció igual.

2.4.7.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1946.

La tercera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado fue expedida el día 7 de diciembre de 1946 y publicada el 13 del mismo mes y año, a diferencia de las otras dos, apunta Fernández Ruiz²⁵², que tenían por objeto el orden administrativo de la federación, esta norma se limitó a señalar que esta consistió en el despacho de los negocios del poder administrativo de la federación. En fin, esta norma mantuvo en quince el número de dependencias y entidades, pero las primeras se incrementaron hasta llegar a trece y los

²⁵⁰ Fernández Ruiz, Jorge. Op Cit. Págs. 123, 124.,250 y 251.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ídem. Págs. 125, 251 y 252.

otros se redujeron a dos. En cuanto a las facultades de control de los contratos administrativos, incluido desde luego, el de obra pública, este quedó compartido entre las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa. En lo atinente a la facultad de ejecutarlas la dependencia de nueva creación denominada de Recursos Hidráulicos tuvo a su cargo toda la obra pública relativa a lo que hoy en día reglamenta la Ley de Aguas Nacionales; la mayor parte de la obra pública quedó a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas.

2.4.8.- LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO DE 1958.

La cuarta y última Ley, con el mismo nombre, fue expedida el 23 y publicada el 24 de diciembre de 1958, Fernández Ruiz²⁵³ apunta que aumentó a dieciocho el número de dependencias y entidades que conformaban a lo que hoy conocemos como administración pública federal, de las cuales sólo uno, el del Distrito Federal, era departamento administrativo, esto debido a que con ella se crearon cuatro nuevas dependencias, la de la Presidencia, la de Obras Públicas, la de la Reforma Agraria y la de Turismo. Comenta, el autor en cita, que esta norma “Fortaleció especialmente en cuanto a la administración descentralizada, el control interno de la administración pública, y por ende de los contratos administrativos, se encomendó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de la Presidencia –de nueva creación–, y a la del Patrimonio Nacional, que sustituyó a la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa.” Las facultades de dichas dependencias controladoras de los contratos de obra pública, quedaron comprendidas en los artículos 6, 7 y 16 de dicha Ley. En el aspecto competencial, de la ejecución de la obra pública, las facultades quedaron distribuidas prácticamente entre el ámbito militar y civil, las primeras fueron competencia de las de Defensa Nacional y la de Marina, las segundas lo fueron de las de Recursos Hidráulicos en la connotación ya anotada en el párrafo precedente y la de Obras Públicas que tuvo a su cargo la mayoría de la responsabilidad en esta materia.

En los ocho incisos anteriores, hemos analizado someramente las normas que desde el punto de vista competencial atribuyeron facultades a las dependencias del ejecutivo

²⁵³ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Págs. 125, 126, 252, 253 y 254.

federal para ejecutar y controlar administrativamente las obras públicas, pero ninguna de ellas es sustancial, esto es, no regulan al contrato de obra pública en especial.

2.5.- OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE REGULARON EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA HASTA ANTES DE LA PRIMERA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL.

Las normas a que nos referiremos en este punto son las que reglamentaron la obra pública desde el punto de vista presupuestal, mismas que son concordantes con lo previsto por artículo 126 constitucional, esto es, determinan la necesidad de que todas las obras públicas, se ejerzan con recursos previstos en el presupuesto de egresos de la federación de cada año, con cargo a una partida presupuestal específica, así como otras que establecieron facultades para controlar las obras públicas ejecutadas por las entidades paraestatales, sin embargo, ninguna de ellas es sustancial en cuanto a que no regula al contrato de obra pública en sí mismo, sino que se refieren a las facultades de éstos organismos públicos para ejecutarlas.

2.5.1.- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN DE 1928.

Respecto de la primera Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación vigente del 28 de mayo de 1928, vigente durante poco más de siete años, no contuvo ninguna disposición relativa a la regulación de los contratos administrativos y el de obra pública en especial.

2.5.2.- LEY ORGÁNICA DEL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN DE 1935.

La segunda Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1935, y estuvo vigente durante cuarenta y un años, Fernández Ruiz²⁵⁴, refiere que esta norma reiteró el principio contenido en el artículo 126 constitucional, al prohibir a las dependencias y entidades que

²⁵⁴ Fernández Ruiz, Jorge. Op Cit. Págs. 138. 139. 254 y 255.

podieran efectuar gasto alguno sin la previa existencia de una partida expresa, en el presupuesto respectivo, con saldo suficiente para cubrir las erogaciones que implicara la celebración de cualquier contrato. Asimismo, facultó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para regular el ejercicio del presupuesto, determinó la estructura de éste, su presentación, discusión y aprobación en la Cámara de Diputados; al igual que sus modificaciones y ejecución.

Específicamente en materia de contratos administrativos, y en especial del de obra pública, la norma en comento, en sus artículos 1º, 36 y 49, facultó a la ya citada dependencia, a examinar y autorizar los acuerdos de voluntades celebrados por la administración pública federal, además de manifestar su conformidad o no para contraer compromisos financieros que afectaran a los presupuestos de egresos de los años siguientes. El Reglamento de la citada norma dedicó el capítulo V, del segundo título, (artículos del 130 a 138) a establecer el procedimiento de autorización de los contratos, el cual, consistió en certificar tanto la existencia de la partida presupuestal específica, como del saldo suficiente para cubrir las erogaciones objeto del contrato; para lo cual la dependencia federal interesada le debía enviar el contrato respectivo en ocho tantos; una vez certificada dicha existencia, la propia dependencia revisaba técnicamente el contrato en cuanto a precio, costes, especificaciones, y programas de trabajos; de ser autorizado el contrato en ese aspecto los tantos del contrato se distribuían en el expediente, el área de inspección fiscal y la Tesorería de la Federación, devolviéndose cuatro tantos a la dependencia, debiéndose entregar el original al contratista con estampillas y la copia se acompañaba a la orden de pago.

2.5.3.- LEYES DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA LOS AÑOS DE 1935 Y 1936.

Las leyes de ingresos, que determinan lo que obtiene el estado por concepto de cobro de impuestos, derechos, aprovechamientos etc., auxiliaron en la regulación del contrato de obra pública, según lo expuesto por Fernández Ruiz²⁵⁵, las Leyes de Ingresos de la Federación para los años de 1935 y 1936, establecieron algunas normas relativas a la obtención de ingresos con motivo de la celebración de contratos administrativos y dieron

²⁵⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Págs. 136, 137, 138, 256 y 257.

facultades a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para revisar la legalidad de dichos instrumentos jurídicos, estableciendo que la falta de aprobación de dicha dependencia respecto del clausulado respectivo, sería causal de nulidad de los contratos. Con el tiempo, dicha norma se transformó, a partir de los años setenta se convirtió en una minuciosa regulación de los conceptos por que la federación ha obtenido ingresos, incluyendo a las empresas y organismos que integran el sector paraestatal, sometiéndolas a rígidos controles respecto de sus ingresos y egresos, con lo que han perdido autonomía de gestión. Con el tiempo, esta situación las ha tornado como la principal fuente de ingresos del gobierno federal, esto en detrimento de su crecimiento, renovación tecnológica, capacidad de inversión y producción etc.

2.5.4.- LEYES DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN CORRESPONDIENTES A LOS AÑOS DE 1964 Y 1965.

Las Leyes de Ingresos de la Federación correspondientes a los años de 1964 y 1965, resultaron trascendentes, en razón de que incrementaron la fiscalización de la federación respecto de las empresas y organismos que integraban el sector paraestatal, con obligaciones tales como proporcionar información relativa a sus pasivos, liquidez, capacidad de pago, prohibió la suscripción de títulos de crédito derivados de créditos que no tuvieran el visto bueno previo de la dependencia reguladora, la concentración de sus ingresos en la Tesorería de la Federación, se incluyeron en las erogaciones de las entidades las relativas a las actividades, servicios y obras públicas, así como la concentración de sus presupuestos anuales de egresos ante la mencionada dependencia.

2.6.- LA LEY DEL SERVICIO DE INSPECCIÓN FISCAL DE 1936.

Esta norma fue publicada el lunes 13 de abril de 1936 en el Diario Oficial de la Federación, está compuesta por noventa y ocho artículos divididos en cinco Títulos. El Primero de ellos está compuesto por los tres primeros artículos y establecen que será la Secretaría de Hacienda quien tendrá a su cargo el servicio de inspección fiscal, el cual hizo consistir en vigilar, por el examen de la actuación administrativa, la correcta gestión y manejo de los intereses fiscales del gobierno federal. Sobre este punto Fernández Ruiz²⁵⁵

²⁵⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit. Pág. 257.

señala que “La ley en comentario resultó ser como una aspirina en el combate al cáncer de la corrupción, más aún, a muchos encargados de la inspección fiscal les reportó pingües beneficios en lo particular; empero, aportó disposiciones trascendentes para la vigilancia y control de los contratos de obra pública, a la sazón muy poco regulados...”

Así, en el Título Segundo comprendió los artículos 4º al 9º y en ellos se establecieron las normas relativas a la organización del servicio de inspección fiscal, el cual no interesa detallar en este trabajo. El artículo 4º determinaba todo aquello que sería materia de la inspección fiscal, y en materia de obra pública, destaca la fracción V, del artículo 4º, la cual estableció que lo serían todos los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que fueran realizadas por cuenta del gobierno federal, además de vigilar la ejecución de los mismos.

Así mismo, la norma determinaba que la dependencia responsable de esta función, tenía la facultad de examinar los actos de inspección fiscal antes de que fueran firmes, pudiendo modificarlos o revocarlos, si así lo creía conveniente, y respecto de los actos de ejecución instantánea señaló que por su naturaleza sólo serían motivo de examen para efecto de determinar la existencia de responsabilidades.

El Título Tercero de la ley, denominado “Procedimientos de Inspección Fiscal”, estableció en su artículo 10, que la inspección fiscal se llevaría a cabo mediante actos tales como visitas, reconocimientos de existencia, intervenciones, inspecciones diversas, expedición de constancias de inspección, averiguaciones administrativas y los demás que de una manera expresa determinara la misma norma.

Al regular las intervenciones, el artículo 29 de la ley en comento, determinaba que estas se efectuarían con relación a diversos actos que se detallan en las VIII, fracciones que integran el dispositivo legal en cita, en materia de obra pública las fracciones III y IV, determinan que entre ellos estaban:

“Los actos y contratos relacionados con las obras de construcción, reparación, e instalación que se lleven a cabo por cuenta del Gobierno Federal.”.

Además de la entrega de dichas obras de construcción, instalaciones y reparación.

Al respecto, de manera específica, los artículos 34, 35 y 36 de la propia norma, reglamentan lo relativo a la intervención en actos y contratos relacionados con la ejecución de obras, y en la entrega de las mismas, dichos numerales determinaban que los actos y contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación, se someterían a la inspección fiscal previamente a su autorización y que dicha inspección consistiría en revisar la parte técnica en lo relativo a precios, costes, especificaciones y programas de trabajos, así mismo, que participarían en la entrega de las obras, ya fuese que las mismas se hubieran ejecutado por contrato o administración para verificar que se hubiesen apegado al contrato o proyecto según fuese el caso.

Por su parte, el artículo 42 de la norma, reguló lo atinente a las inspecciones diversas, señalando que tendrían por objeto comprobar que los actos con relación a los cuales se efectuaban, se ajustaban a lo dispuesto por las normas o lo acordado en los contratos para su ejecución y, en su caso, tomar las medidas procedentes para prevenir y corregir las irregularidades que pudiesen registrarse en su comisión y el artículo 43, señala en sus fracciones II y III, que dichas inspecciones comprenderían los actos y contratos de obra pública, al igual que la ejecución y los actos de entrega de las mismas.

En el mismo tenor, los artículos 47 y 48 de la ley en análisis, regularon lo relativo a la inspección en el cumplimiento de contratos y la inspección en la ejecución de obras, haciendo consistir la primera en vigilar que los contratos de obra pública, se llevaran a cabo, por lo que se refiere a las obligaciones señaladas, en la forma y dentro de los términos legalmente establecidos; la segunda inspección en vigilar que durante el proceso de ejecución de las obras públicas estas se realizaran de conformidad con el contrato o proyecto respectivos y que no se consumara pago alguno o ministración, sin que previamente se hubieren cumplido las obligaciones y satisfecho los requisitos establecidos en cada caso.

El demás articulado de la ley que vengo comentado se refiere a la forma y términos de cómo debían llevarse a cabo las visitas e inspecciones, incluidas las practicadas a los particulares que tuviesen relación con los actos o hechos investigados, lo relativo a que hacer en caso de detectar irregularidades, infracciones, sanciones etc.

2.7.- ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE REGULARON LA OBRA PÚBLICA EJECUTADA POR ENTIDADES PARAESTATALES.

La empresa pública en México, tiene antecedentes de existencia que datan de la época colonial, sin embargo, su regulación por el derecho fue prácticamente inexistente, hasta ya casi terminada la primera mitad del siglo XX, esto en contradicción con un número creciente de las que hoy conocemos como entidades paraestatales, siendo algunas de ellas las que más presupuesto ejercen en materia de obra pública, ejemplo de ello es la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos.

Con relación a la existencia de este tipo de órganos estatales, debe considerarse en los años setentas y principios de los ochentas del siglo XX, se dio el mayor número de entidades paraestatales como hoy día las conocemos, y que desde el año de 1982, se inició el proceso para desincorporar del sector público, aquellas que se consideró no debían formar parte del estado, pero su número sigue siendo importante, según la "Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 2001, a esa fecha todavía llegaban a 201, entre sociedades mercantiles de participación mayoritaria del estado, organismos públicos descentralizados, fideicomisos, etc. Sin embargo, el dato más impresionante puede ser el aportado por los autores Carrillo Castro y García Ramírez²⁵⁷, quienes en su obra intitulada "Las Empresas Públicas en México", al final incluyen un cuadro denominado "Estructura Sectorial de la Administración Pública Federal", en el que mencionan la existencia de hasta 876, integrantes de la llamada administración pública paraestatal, con fecha de actualización al 03 de septiembre de 1982.

2.7.1.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1947.

La primera ley que reguló la actuación del sector paraestatal, fue expedida el 30 de diciembre de 1947 y publicada en el Diario Oficial de la Federación al día siguiente teniendo la denominación de Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de

²⁵⁷ Carrillo Castro, Alejandro, y García Ramírez, Sergio. Las Empresas Públicas en México. 1^o Ed.. México, Migue. Ángel Porrúa. S.A., 1983. Pág. Sin número (Último cuadro del libro).

Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal. Al respecto, el autor Fernández Ruiz²⁵⁸, señala que la norma en comento definió "... aunque de manera deficiente, a los organismos y empresas de referencia, y encargó su control administrativo y supervisión financiera a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, para someterlas tanto a un control financiero, programático, presupuestal y contable, como a una vigilancia de sus contratos de obras y de la ejecución de las mismas, de sus adquisiciones y de las enajenaciones de sus bienes inmuebles y derechos." Esta norma excluyó de su control a las instituciones educativas y de cultura.

Respecto de las facultades de la primera de las secretarías de estado, citadas en el párrafo que antecede, estas fueron excesivas, ya que con ellas, en la práctica, dicha dependencia asumía las funciones del órgano de gobierno e incluso algunas otras de carácter operativo, ya que calificaba las erogaciones previo a su pago, además de tener derecho de veto respecto de las que consideraba indebidas, así mismo, la facultó para nombrar al personal responsable de la inspección material de los entes paraestatales.

En materia de obra pública, correspondió a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, la facultad de intervenir en la selección de contratistas, formulación de los contratos de ese tipo e inspeccionar las obras, de conformidad con lo dispuesto por la Ley del Servicio Inspección Fiscal, que por un error la que comentamos denomina Ley de Inspección Administrativa, como lo explica el autor²⁵⁹ a quien nos venimos refiriendo.

2.7.2.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1966.

La Segunda Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1966. En esta norma se otorgan facultades en materia de

²⁵⁸ Fernández Ruiz, Jorge. Op Cit. Págs. 130 a 132 y 258 a 260.

²⁵⁹ Ídem. Pág. 261.

auditoría y control técnico a la Secretaría del Patrimonio Nacional, incluidas las relativas a la obra pública.

2.7.3.- LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL DE 1970.

El 31 de diciembre de 1970, fue publicada una tercera Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, esta norma fue prácticamente idéntica a la anterior conservando la Secretaría del Patrimonio Nacional las facultades ya indicadas, tanto así, que el citado Fernández Ruiz²⁶⁰ comenta en su obra relativa a los contratos administrativos que "En el fondo, la tercera versión de la Ley en análisis careció de la relevancia necesaria para justificar su emisión, en lugar de una simple reforma,..."

2.8.- LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS DE 1965.

Esta norma, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, fue emitida el 21 de diciembre de 1965 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1966. Fue la primera que reglamentó el artículo 134 constitucional; estuvo vigente durante casi catorce años, estuvo integrada por treinta y ocho artículos, más seis transitorios, careciendo de títulos y capítulos. No obstante, constituyó el primer esfuerzo por regular al contrato de obra pública, junto con su reglamento y las normas que de ella emanaron.

La norma que nos ocupa no aportó ninguna definición de obra pública, y en su artículo primero estableció que su objeto, más que regular el contrato de obra pública, consistió en sistematizar las acciones de intervención, inspección y vigilancia en los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, que realizaran los integrantes de la administración pública federal.

Cabe mencionar que en los términos de la misma se designó como "dependencia" a todos los integrantes de la administración pública federal, sin distinción alguna y contratista a la

²⁶⁰ Fernández Ruiz, Jorge. Op Cit. Pág. 135.

persona física o moral a quien fuera encomendada una obra, y previamente definió a los organismos públicos, a las empresas de participación estatal y excluyó de su aplicación a los fideicomisos en los que el fideicomitente único era Gobierno Federal; las instituciones nacionales de crédito; las organizaciones nacionales auxiliares de crédito; las nacionales de seguros y fianzas, etc.

La norma determinaba que las autoridades competentes para intervenir en la celebración de los contratos, en la ejecución y entrega de las obras eran las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, del Patrimonio Nacional, y de la Presidencia, a la primera, además de las facultades que le conferían las leyes de Ingresos, Orgánica del Presupuesto de Egresos y Orgánica de la Tesorería de la Federación y sus disposiciones reglamentarias, le confirió la facultad de autorizar la celebración de contratos con cargo al presupuesto de egresos de la federación, así como para que pudiera dar inicio cualquier obra, esto con independencia de que su ejecución implicara o no una erogación del citado presupuesto federal, tenía la obligación de descontar el cinco al millar de cada estimación que tuviera que pagar (dicha secretaría pagaba todas las de los integrantes de la administración pública federal); autorizar la modificación de los contratos de obra pública, en cuanto a plazo, precios unitarios, monto de la obra, variaciones sustanciales al proyecto, o por cesión o transmisión de los derechos del contrato; debía autorizar las rescisiones de contrato que implicaran modificaciones a las inversiones autorizadas.

A la Secretaría de la Presidencia, la facultó para intervenir en los actos y contratos de obra pública: para emitir autorizaciones de inversión a las "Dependencias", las cuales debían ser previas a la celebración del contrato o la emisión del acuerdo si es que la obra era por administración directa, así mismo, las dependencias ejecutoras debían rendirle informes mensuales de avance físico financiero de las obras. Igualmente tuvo la facultad de modificar la lista de las obras públicas que la Secretaría del Patrimonio Nacional tuviese programado inspeccionar, esta última tenía la obligación de remitir a la primera copia de los contratos y presupuestos de obra, junto con la citada lista de obras a inspeccionar, además en algunos casos podía autorizar la modificación de contratos, así mismo, debía recibir de las dependencias la notificación de las rescisiones de contratos cuando implicaran modificaciones a los programas de inversiones.

La Secretaría del Patrimonio Nacional fue la que tuvo más responsabilidades en la fiscalización de los contratos de obra pública, prácticamente fue la responsable del cumplimiento de la norma; así tuvo a su cargo la facultad de intervenir, conjuntamente con la de la Presidencia, en los actos y contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se realizaran por cuenta del gobierno federal, además de vigilar la ejecución de los mismos en los términos de dicha norma; igualmente fue responsabilidad de ésta el llevar el "Padrón de Contratistas del Gobierno Federal", vigilar que la contratación y ejecución de las obras, y la celebración de subastas, se llevaran a cabo conforme a las normas que la propia ley encomendó dirigir a una comisión que creó para dicho fin; recibir de las dependencias, previo al inicio de las obras la notificación de ello, a la que se debía anexar las bases a las que debía sujetarse su ejecución; recibir los contratos de obra pública, acuerdos por administración, presupuestos y especificaciones para su registro, revisión o intervención dentro de los sesenta días siguientes a su firma, teniendo la obligación de registrarlos de inmediato salvo el caso de que la inversión no estuviese autorizada, cuando no se le hubiera notificado previamente su inicio, cuando el contrato no se hubiere ajustado a lo determinado por las normas que debía expedir la citada comisión, o cuando el contratista no estuviere registrado en el padrón de contratistas, en cuyo caso devolvería la documentación a la dependencia solicitante.

Igualmente, la mencionada Secretaría del Patrimonio Nacional, tuvo la obligación de recibir, de la de la Presidencia, copia de los programas de inversión autorizados a cada dependencia, así como las modificaciones a los mismos; por su parte, las dependencias tenían la obligación de poner a su disposición todos los estudios, proyectos, planos, especificaciones, antecedentes de precios unitarios, estimaciones, e informes gráficos, de las obras que ejecutaran, para el cumplimiento de sus atribuciones; además, debía recibir, de las dependencias, las estimaciones para su registro y para efecto de ejercer sus facultades de intervención, al igual que informes mensuales de avance físico financiero de las obras.

Los contratos y las obras estaban sujetos a su vigilancia e inspección, para que interviniera en el momento que ella considerara conveniente, debiendo recibir todas las facilidades para desarrollo de sus actividades, teniendo la facultad de notificar sus observaciones para efecto de corrección a las dependencias y en caso de inobservancia, ella podía ordenar la suspensión de los pagos.

Además las dependencias estaban obligadas a notificarle todas las modificaciones contractuales y las rescisiones de contrato cuando estas últimas implicaran modificaciones a las inversiones autorizadas, punto menos, de los contratos que se hubieran celebrado sin ajustarse a que el contratista estuviere inscrito en el padrón, que no estuvieren celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, los que no le hubieren sido notificados dentro de los sesenta días siguientes a su celebración, y en consecuencia no estuvieren registrados.

Finalmente, las dependencias estaban obligadas a notificarle la terminación de las obras a efecto de que si lo consideraba conveniente interviniera en el acto de entrega, y a enviarle copia de los títulos de propiedad de las si los hubiere y los datos de localización y construcción para efecto de que las obras fuesen incluidas en el Catálogo e Inventario de los Bienes y Recursos de la Nación, en su caso, debía proceder a inscribirlos en el Registro Público de la Propiedad Federal.

Mención especial, merece el hecho de que esta norma estableció la creación de la Comisión Técnico Consultiva de Contratos y Obras Públicas, misma que tuvo por objeto, realizar estudios y emitir opiniones para que las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional, dictaran las bases y normas generales y que se sujetarían la contratación y ejecución de obras, al igual que las bases y normas a que se ajustaría la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos.

La mención especial es por doble partida. En primer lugar, debido a que, en la norma, el poder legislativo indebidamente delega facultades reglamentarias, en integrantes de la administración pública federal, siendo que el artículo 89, fracción I, de la Constitución, le confiere esta facultad al Presidente de la República de manera exclusiva. En segundo lugar, porque la norma fue incompleta en cuanto a reglamentar la subasta, los requisitos que debían cumplir los contratos, y la forma en como debían integrarse los precios unitarios, ya que esta modalidad de contratación era la única permitida por la ley, aspectos, éstos de gran relevancia, que quedan, indebidamente, a la discreción de las dependencias del poder ejecutivo para su formulación.

Por otra parte, esta fórmula prevista en la ley, fue lo que permitió que la normatividad en la materia no fuera tan incompleta, ya que en los artículos 4º, 5º y 6º transitorios, se

estableció el mecanismo para la integración de las citadas bases y normas, pero además, se informa que la práctica administrativa había dado lugar a la creación de normas y bases en cada dependencia gubernamental, y que por ello la intervención en los contratos se efectuaría conforme a las mismas hasta en tanto se cumpliera con lo ordenado por el artículo 13 de la ley en comento, lo que nos permite afirmar que aquello que señalamos estaba en el campo de la especulación, desde la época porfiriana fue un hecho, y ante la falta de normas específicas, la práctica administrativa dio lugar a la formulación de normas internas que regularon al contrato de obra pública en las dependencias y entidades que integraban la administración pública en ese entonces.

Las normas transitorias en cita, también establecieron la obligación, para las que la ley denominó dependencias, de enviar a la Secretaría del Patrimonio Nacional en un plazo de noventa días sus bases y normas de contratación; los criterios para la integración de precios unitarios; forma y término de sus convocatorias y procedimientos para llevar a cabo las subastas para la adjudicación de contratos, a efecto de evaluar su actuación conforme a ellas, bajo la advertencia de que si no lo hacían serían evaluadas sobre la base de las formuladas por la Secretaría de Obras Públicas, mientras se cumplía con lo previsto por el artículo 13 de la ley.

Otros aspectos importantes de esta Ley es que determina que los contratos de obra pública sólo pueden celebrarse bajo la modalidad de precios unitarios, permite y limita la ejecución de trabajos por administración directa a través de contratista hasta por el 20% de la obra ejecutada; y define precio unitario como:

“... el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista por unidad de obra en cada uno de los conceptos de trabajo que tenga encomendados.”

Por su parte, el artículo 11, respecto de la adjudicación de los contratos señaló que debían otorgarse:

“... al concursante que, reuniendo las condiciones necesarias que garanticen el cumplimiento del contrato y la ejecución satisfactoria de la obra, presente la postura más baja...”

Esto es, aún cuando la norma constitucional, en ese entonces preveía como regla general a la subasta pública, para adjudicar los contratos de obra pública, la ley en comento lo conceptuaba a dicho procedimiento administrativo como concurso, es decir, utiliza ambos vocablos como sinónimos.

2.8.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS DE 1967.

Poco más de un año después, en febrero de 1967, fue emitido el Reglamento de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de febrero de 1967, la cual constó de un total de cuarenta y cinco artículos, que estuvieron divididos en cinco títulos, el primero trató a cerca de las generalidades; el segundo de las obras por administración, determinando que se ejecutarían previa emisión de acuerdo por el titular de cada dependencia, cumpliendo con los requisitos por él establecidos.

El Título Tercero se denominó "De las obras por contrato" y constó de tres Capítulos. El primero reguló lo atinente al Padrón de Contratistas del gobierno federal, estableciendo los requisitos a cumplir para inscribirse en el mismo, el procedimiento para aceptar o rechazar las solicitudes de inscripción o revalidaciones, determinar la cancelación del registro, la organización del padrón y el control de los registros, así como la substanciación de los recursos inconformidad contra las resoluciones que lo negaran o cancelaran, así como los requisitos que debían cumplir los escritos y la determinación de que, en tanto se resolviera el recurso que determinara la revocación, se suspendían los efectos de la resolución impugnada.

El Capítulo segundo se intituló "De la Comisión Técnico Consultiva de Contratos y Obras Públicas" regulando el funcionamiento de dicha Comisión, ya que la ley, como ya fue comentado, se estableció la creación de dicho cuerpo colegiado con miembros ordinarios y especiales, y el objeto de la misma, que consistió en realizar los estudios y emitir las opiniones necesarias para que las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional dictaran las bases y normas generales y el criterio para la integración de los precios unitarios a que se sujetaría la contratación y ejecución de obras; y las bases y normas a que se ajustarían las subastas para la adjudicación de contratos, por tanto, el

reglamento se ocupó de instituir la creación de tres subcomisiones permanentes de trabajo en materia de Concursos, Contratos y Criterios para la integración de Precios Unitarios y las especiales que llegara a considerar convenientes; mismas que tuvieron a su cargo la elaboración de los estudios y ponencias que podrían a consideración de la Comisión, a efecto de que ésta, emitiera los acuerdos en que se basarían los de los secretarios de estado ya citados.

En el mismo capítulo, se estableció que las áreas jurídicas de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional se constituyeran en asesores de la Comisión y de las Secretarías del Patrimonio Nacional y de Obras Públicas, para efecto de la emisión de los ya citados acuerdos; y posteriormente de bases y normas generales también ya citadas

El Capítulo tercero designado como “De la Intervención en los Concursos”, estableció que para que tuviera verificativo su celebración, las dependencias deberían entregar a la Secretaría del Patrimonio Nacional, con anticipación de quince días, el pliego de condiciones, la lista de los contratistas que hubieren sido seleccionados, y la información relativa a la autorización de la inversión emitida por la Secretaría de la Presidencia. Esto es, se reguló una versión *sui generis* de licitaciones por invitación directa.

En cuanto a la substanciación de los concursos o subastas, sólo se indicó que éstas debían efectuarse en una fecha determinada aún sin la presencia del representante de la Secretaría del Patrimonio Nacional; que la adjudicación del contrato resultaba de la exclusiva responsabilidad de cada dependencia y que éstas estaban obligadas a enviar a dicha Secretaría, dentro de los quince días siguientes a la adjudicación del contrato, copia del análisis de las proposiciones presentadas y la justificación de la adjudicación, poniendo a su disposición la documentación original del procedimiento; finalmente se establece que los contratos debían redactarse de conformidad con lo establecido en las bases y normas generales que debían aprobarse conforme a lo previsto en la Ley, debiendo firmarlo el contratista dentro de los veinte días hábiles siguientes y si no lo hiciera se procedería a adjudicarlo al concursante que hubiere presentado la siguiente propuesta solvente, en cuyo caso la Secretaría de Hacienda y Crédito Público procedería a hacer efectivas las garantías otorgadas..

El Título Cuarto estuvo conformado por un Capítulo Único que se intituló "Del Registro de los Contratos y Acuerdos", en el que se reglamentó la obligación de registro de los contratos de obra pública, de los que hoy en día se conocen como de servicios relacionados con la misma, e indebidamente algunos de adquisiciones relativas a las materias primas y de materiales, cuando su costo formara parte integrante de los precios unitarios (sic), al igual que los de naturaleza semejante, que estuviesen relacionados con la ejecución de alguna obra, ante la Secretaría del Patrimonio Nacional para efectos de su inspección y vigilancia de su cumplimiento; así como el procedimiento y requisitos para su registro, al igual que de los convenios que los modificaran los cuales no previó la ley; igualmente reglamentó el registro de los acuerdos de ejecución de obra por administración directa, prohibiendo que se fraccionaran las obras para efecto de su ejecución bajo esta modalidad.

Finalmente, el Título Quinto, constó de un Capítulo único titulado "De la Inspección y Recepción de las Obras", el cual reguló las facultades de la Secretaría del Patrimonio Nacional para inspeccionar las obras que estimara conveniente, ya fuese después de terminadas o con antelación al acto de recepción de las mismas; estableciendo que dicha inspección comprendería los conceptos determinantes de la construcción, por lo que se refiere a su función, y por lo que hacía a su costo, debiendo abarcar cuando menos el setenta por ciento del importe de cada obra; así mismo, establece que la inspección tendría por objeto verificar que las obras se ajustaran al proyecto y especificaciones; que el monto y los conceptos de obra incluidos en las estimaciones o relaciones de gastos aprobados por las dependencias correspondieran a obra realmente ejecutada, que las etapas de trabajo se hubieren realizado conforme al programa de construcción aprobado, y que el monto de las estimaciones autorizadas correspondiera a obra efectivamente ejecutada, es decir, regulo la realización de auditorias a las obras públicas.

El registro a cargo de la citada dependencia, también incluyó el de las estimaciones por trabajos ejecutados, cuyo pago estuvo supeditado a éste, el cual sólo tuvo dos excepciones, la inexistencia de saldo en la partida presupuestal correspondiente o que no se hubiere efectuado el descuento del cinco al millar por concepto de inspección y vigilancia; se reiteró la facultad de la Secretaría para emitir observaciones, por la detección de irregularidades, para efecto de su corrección o la aplicación de las responsabilidades que en derecho procediesen.

En sus últimos artículos reglamentó lo concerniente al acto de entrega de las obras, señalando la exclusiva responsabilidad del ente contratante en ello, y la facultad de la Secretaría del Patrimonio Nacional de asistir o no al acto, señala los requisitos que debía reunir el acta, y la obligación a enviar las actas a la dependencia inspectora después de su celebración en un plazo perentorio de treinta días, sin señalar penalidad alguna ante el incumplimiento de este requisito.

2.8.2.- BASES Y NORMAS PARA LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, APLICABLES A TODOS LOS PROYECTOS Y OBRAS QUE REALICEN LAS DEPENDENCIAS A QUE SE REFIERE LA LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS Y OBRAS PÚBLICAS, DE 1970.

El 26 de enero de 1970, cuatro años después de la Ley que les dio origen, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, las Bases y Normas para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realicen las dependencias a que se refiere la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas. En el primer artículo transitorio se estableció una *vacatio legis* de cinco días naturales, por lo que esta disposición entró en vigor el 1º de febrero de 1970.

Estas bases y normas estuvieron integradas por cinco secciones, la primera trató de las "Generalidades de Normas y Especificaciones", señaló su ámbito de aplicación e informó que posteriormente serían complementadas con índices, definiciones de términos, criterios y disposiciones generales, que las Secretarías emisoras consideraran conveniente incluir y señaló someramente el contenido de las secciones 2, 3, 4 y 5.

La Sección 2 se tituló "Bases y Normas Relativas a la Celebración de Concursos para la Adjudicación de los Contratos de Obras Públicas", estuvo integrada por 11 Capítulos; el primero de ellos se denominó "Disposiciones Generales" determinando que los contratos para la ejecución de obras públicas se adjudicarían mediante concursos, que serían substanciados por las dependencias en apego a la Ley, el Reglamento y las propias Bases y Normas, salvo en los casos de excepción establecidos por la ley, los cuales fueron regulados por el Capítulo 11; reitera que para celebrar un concurso es necesario que se contara con la autorización de inversión emitida por la Secretaría de la Presidencia y que en dichos procedimientos sólo podían participar personas físicas o morales

mexicanas, por sí o agrupadas, las cuales debían estar inscritas en el Padrón de Contratistas, advirtiendo que únicamente en los casos de financiamientos externos, técnicas especiales de construcción, u otras razones que justificaran la presencia de extranjeros, sería aceptada la participación de éstos, sin estar previamente inscritos en el padrón, ello sin perjuicio de que, en su caso, antes de la firma del contrato cumplieran con la obligación de inscribirse en el citado Padrón de Contratistas.

Este Capítulo 1, reitera que los contratos siempre serían celebrados sobre la base de precios unitarios y que los concursos serían tramitados cumpliendo con los siguientes pasos: las convocatorias, el registro, estudio de la documentación y clasificación de interesados, la selección de contratistas para participar en ellos, el llamado a los seleccionados, la inscripción de los seleccionados y entrega a los mismos de la documentación, presentación de posturas y apertura de sobres, estudio de las posturas y dictamen, fallo y la firma del contrato.

El Capítulo 2 estuvo dedicado a las "Convocatorias" y señala que estas tendrán por objeto convocar a las personas físicas o morales que tuvieran interés en participar en los concursos, determina los requisitos que debían cumplir y el señalamiento de que debían publicarse cuando menos una vez, en dos o más de los diarios de mayor circulación.

El Capítulo 3 del "Registro, Estudio de la Documentación y Clasificación de Interesados" determinaba el procedimiento de registro de los contratistas, que se hizo consistir en presentación de documentación por los contratistas, estudio de ésta y clasificación de los contratistas por la dependencia convocante, la falta de veracidad en los datos daba lugar a negar el registro.

El Capítulo 4 trató lo relativo a la "Selección de Contratistas para Participar en los Concursos", que consistió en que la dependencia debía seleccionar de entre los contratistas registrados a los que participarían en cada concurso, considerando las características que fuera necesario cubrir para garantizar la ejecución de las obras y el cumplimiento del contrato. El número de participantes seleccionados era determinado por la dependencia convocante, pero no debían ser menos de cinco las propuestas recibidas. En caso de que no hubiera interesados a registrarse, en respuesta a la convocatoria, la dependencia podía seleccionar a los concursantes del Padrón de Contratistas.

El Capítulo 5 titulado “Llamado a los Seleccionados y su Inscripción para Participar en los Concursos”, determinó que las invitaciones a los contratistas seleccionados debían ser por escrito y estableció los requisitos con que debían cumplir. Que para el contratista, el acto de recabar la documentación del concurso, lo inscribía automáticamente en el concurso; que dicha documentación debió incluir, por lo menos, el pliego de condiciones, del que estableció los requisitos mínimos para su formulación. También determinó los plazos para la substanciación de la primera fase del concurso.

El Capítulo 6 que se llamó “Requisitos Previos y Presentación de Propositiones”, normó como su nombre lo indica la tramitación de la entrega de documentación y el acto de entrega y recepción de las proposiciones: En el primer caso debía entregarse a la Secretaría del Patrimonio Nacional, copia de los paquetes de concurso y del listado de contratistas seleccionados y hacer referencia al acuerdo de autorización de inversión otorgado. En el segundo, el procedimiento era el común, girar con anticipación las invitaciones a los contratistas invitados y en la fecha establecida se pasaba lista de asistencia, después se recibían las proposiciones y se procedía a la apertura de las mismas, cuyo contenido era verificado, a efecto de determinar el cumplimiento de los requisitos exigidos, ya que las omisiones daban lugar al rechazo de las propuestas. Acto seguido se daba lectura a las propuestas admitidas, se rubricaban todas las propuestas en su parte conducente por todos los participantes, se entregaba recibo por la garantía de sostenimiento de la proposición y se devolvían los documentos no requeridos para la evaluación de las propuestas y se levantaba un acta para hacer constar lo acontecido, la cual era firmada por los participantes y se establecía la fecha en que tendría verificativo el acto de fallo, determinándose un plazo máximo para su celebración.

El Capítulo 7 fue dedicado a “Las garantías de las Propositiones”, y señalaba que todos los concursantes estaban obligados a constituir y exhibir sus garantías de sostenimiento de las propuestas al momento de presentar las mismas, cuyo monto debía ser mayor del 5% (cinco por ciento) del valor estimado de los trabajos y podían consistir en cheques certificados o de caja, certificado de depósito en efectivo o de valores de renta fija. Las dependencias las conservaban hasta la emisión del fallo, en caso de diferimiento del mismo, los interesados podían optar entre por sostener sus propuestas o por retirarlas junto con sus garantías.

El Capítulo 8 se denominó "Estudio de las Proposiciones y Dictamen" y reguló lo atinente a ello, señalado en que debía consistir el análisis, mismo que debía hacerse constar en un dictamen estableciendo el nombre del ganador, en razón de garantizar debidamente el cumplimiento del contrato y la ejecución de los trabajos, además de haber presentado la postura mas baja, o en su caso declarar desierto el concurso por no contar con ninguna propuesta que garantizara lo anterior, en ambos casos se debían expresar los fundamentos legales y las razones que sustentaban la decisión. La declaración de concurso desierto podía darse en cualquier momento, siempre y cuando hubiere menos de tres postores.

El Capítulo 9 se refirió al "Fallo", determinó que el mismo sería emitido en acto público al debían asistir tanto los invitados como los participante, con fundamento en el dictamen y estableciendo quien era el contratista adjudicatario. Del acto debía levantarse acta para constancia, la cual debía ser firmada por todos los participantes a quienes se les entregaba copia, en dicho documento o en el que hubiere servido para darlo a conocer, debía establecerse el plazo otorgado al concursante ganador para firmar el contrato. En el mismo acto la dependencia devolvía las garantías de sostenimiento de la propuesta a los no ganadores; al adjudicatario del contrato se le retenía la garantía hasta la firma del contrato y garantizara el cumplimiento de éste. La dependencia debía remitir, a la Secretaría del Patrimonio Nacional, copia del dictamen, o en su caso, las razones por las que declaro desierto el concurso.

El Capítulo 10 se intituló "Firma del Contrato" estableció que la emisión del fallo obligaba a la dependencia a encomendar la obra al contratista seleccionado y a ambos a firmar el contrato; en congruencia con ello, sancionaba al contratista por no hacerlo en el plazo previsto, con la pérdida de la garantía otorgada y la dependencia quedaba facultada para asignar el contrato al concursante que hubiera ocupado el siguiente lugar o a los subsecuentes en caso de negativa del primero, siempre y cuando sus propuestas no hubieran sido rechazadas, por lo que la norma fue omisa en cuanto a sancionar a las llamadas dependencias en el supuesto de que el contrato no fuera firmado por causa imputable a las mismas.

El último Capítulo de esta Sección, fue el 11 y se denominó "Excepciones". en él se regularon los casos que, por exigencia del interés público, las dependencias podían

proponer a la Secretaría del Patrimonio Nacional, las razones de aplicación de las causales de inaplicabilidad total o parcial de las bases y normas. Se establecieron cinco supuestos o razones.

- a) El primero fue la urgencia, que podía ser por inicio inmediato de la obra y terminación de la misma en plazo perentorio.
- b) La segunda fue la oportunidad, que se hizo consistir en la posibilidad de aprovechar los elementos, de que se dispusiera en determinado tiempo y lugar, para obtener mayores ventajas.
- c) La tercera llamada economía, radicó en que el monto de los trabajos no justificara la substanciación del procedimiento en cuanto a gastos de los sectores público y privado.
- d) La cuarta fue la eficiencia, en atención a que en obras con características particulares, para su ejecución se requería de experiencia, materiales, equipos o técnicas especiales y que el número de empresas que disponían de ellos era tan reducido que no se justificaba el cumplimiento de todos los requisitos establecidos.
- e) La quinta y última causal fue la modalidad de la inversión, que consistió en la oportunidad de utilizar una fuente de financiamiento, que exigiera el cumplir con condiciones incompatibles con las bases y normas.

La procedencia de estas excepciones quedó sujeta a la gestión por las dependencias de la declaración a que se refiere el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, ya comentado, debiendo especificar la materia de la excepción, las circunstancias o razones de conveniencia que la motivaban, la posibilidad de dar preferencia a las empresas constructoras nacionales. Finalmente la norma estableció que quedaban tipificados como casos de emergencia, aquellos en que existieran circunstancias que hicieran peligrar el orden, la economía, los servicios públicos en general, la salubridad o la seguridad, ya fuera que éstos fuesen locales regionales o nacionales. Con lo anterior se abrió una puerta demasiado grande para obviar el procedimiento previsto como norma general y adjudicar directamente los contratos.

La Sección 3 intitulada "Bases y Normas para la Celebración de Contratos de Obras Públicas" estableció que los contratos podrían de ser de tres tipos, los que tuvieran por objeto la ejecución de obra pública propiamente dichas, aquellos que su objeto consistiera en la formulación de estudios y proyectos. y los que tuviesen por objeto dirección y supervisión de las obras.

En concordancia con lo determinado por el artículo 10 de la Ley, reiteró que todos los contratos habrían de celebrarse sobre la base de precios unitarios, reiterando que se permitía la ejecución de trabajos por administración a través del contratista hasta por el 20% del importe de la obra contratada. aclarando que ese porcentaje debía considerarse como parte integrante del monto contratado y no podría ser una adición al mismo. Se estableció como excepción a este principio los trabajos de conservación y mantenimiento de equipos e instalaciones, cualquiera que fuera su monto, las obras de construcción siempre y cuando su importe no excediera de la cantidad de \$ 100,000.00 (cien mil pesos 00/100 M.N.), al igual que las obras imprevistas debidas a emergencias en los supuestos ya citados.

La Sección en comento contiene un total de tres modelos de contratos, y sus instructivos de uso, en los que contrario a lo determinado en la Ley, en el sentido de que todos los integrantes de la administración pública federal son tratados con título de "dependencias", se hace distinción entre dependencias propiamente dichas, conforme a la distinción hecha actualmente por el artículo 90 Constitucional y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal vigente, y las entidades que conforman el sector paraestatal. Los modelos de contrato son relativos a estudios y proyectos, y de ejecución de obra pública para dependencias y uno para ejecución de obras por parte de organismos públicos y empresas de participación estatal.

En la Sección se indicó que los modelos de contratos contenían las estipulaciones aplicables a la contratación de la mayoría de la obra pública, e incluso se sugirió su aprovechamiento para la celebración de otro tipo de contratos, además se aclaraba que podían agregarse cláusulas de conformidad con la modalidad de la obra a ejecutar o las necesidades específicas de las dependencias, señalando que más adelante la Comisión Técnica Consultiva de Contratos y Obras Públicas aprobaría otros modelos de contrato.

Las estipulaciones o cláusulas del modelo de contrato relativo a la formulación de estudios y proyectos, fueron dieciocho. El contenido del modelo de contrato relativo a la ejecución de obras públicas propiamente dichas, fue el siguiente: objeto del contrato, importe de las obras, plazo de ejecución, programas de trabajo, planos y especificaciones, trabajos ordinarios, trabajos extraordinarios, los que podían ser basados en precios unitarios o por administración a través del contratista, e incluso se preveía en su caso su ejecución directa o por tercera persona, la forma de pago que sería en base a estimaciones por trabajos ejecutados, la supervisión de las obras, las modificaciones al programa de trabajo, a los planos y especificaciones y las variaciones en las cantidades de trabajo, la ampliación del plazo, la recepción de las obras y la liquidación de las mismas, las responsabilidades del contratista, el otorgamiento de la garantía de cumplimiento, las retenciones en garantía como forma adicional de garantizar el cumplimiento del contrato, la constitución de un fondo fiduciario para responder de vicios ocultos una vez terminadas las obras, la subcontratación, la cesión del contrato, la suspensión de los contratos, las sanciones o penas convencionales por incumplimiento del programa de trabajo, la rescisión administrativa del contrato, señalando las causales y el procedimiento, las relaciones del contratista con sus trabajadores, la intervención de las dependencias con facultades de inspección y vigilancia, y la jurisdicción en caso de conflicto judicial.

En esta sección se subrayó que formarían parte integrante de los contratos las especificaciones generales, y las especiales, los planos de proyecto, los programas de ejecución, los catálogos de conceptos de trabajo, los precios unitarios y los demás documentos que se juzgaran necesarios, pudiéndose adjuntar a los instrumentos jurídicos o detallarse en una relación anexa.

Por último, se estableció que en el caso de obras de emergencia y en general los previstos por el artículo 22 de la Ley, las dependencias podrían utilizar los modelos de contrato contenidos en dicha sección, facultándolas para cambiar su contenido de conformidad con las necesidades imperantes en el momento, llegando incluso a establecer que podrían implantarse documentos distintos a los contratos llamados "ordenes de trabajo", bajo la condición de que en estos documentos se establecieran claramente los derechos y obligaciones fundamentales de ambas partes.

La Sección 4 se tituló "Bases y Lineamientos Generales para la Integración de Precios Unitarios para la Contratación de Obras Públicas", estuvo integrada por doce Capítulos. El primero de ellos fue el relativo a las "Generalidades" y en el se estableció que la integración de los precios unitarios que fuesen a formar parte de un contrato de obra pública, siempre debían integrarse conforme a los criterios establecidos en dichas bases y normas, que los importes de éstos siempre debían expresarse en moneda nacional (pesos) y que en lo posible los trabajos por administración debían pagarse en apego a las mismas, cubriendo todos los costos directos y aplicar porcentajes relativos a costos indirectos y utilidad.

El Capítulo 2 intitulado "Definiciones", precisó el significado de términos tales como especificaciones, concepto de trabajo o concepto de obra, unidad de obra y precio unitario, repitiendo practicante la definición contenida en la Ley para este último concepto.

El Capítulo 3 denominado "Cargos que Integran un Precio Unitario", y señaló que este debía ser obtenido por la suma de todos los cargos directos e indirectos, correspondientes al concepto de trabajo, el cargo por utilidad y los cargos adicionales. Así mismo, definió lo que debía entenderse por cargos directos, indirectos, utilidad y adicionales.

El Capítulo 4 estuvo dedicado a establecer la forma de determinar el "Cargo Directo por Mano de Obra", el 5 al "Cargo Directo por Materiales" el 6 al "Cargo Directo por Maquinaria", que incluyó los cargos por gastos fijos, por depreciación, por inversión, por seguros, por almacenaje, por mantenimiento mayor y menor, por combustible, por otras fuentes de energía, por lubricantes, por llantas, por operación, por transportes, el Capítulo 7 fue dedicado al "Cargo Directo por Herramienta", distinguiendo entre los cargos por herramienta de mano, y las especializadas, determinado que el cargo por ellas se efectuaría conforme a la metodología establecida para el cargo por maquinaria. El Capítulo 8 se encargó de establecer lo que era el "Cargo por Instalaciones", señalando que podían ser de dos tipos, las generales y las especiales, las primeras debían formar parte de los cargos indirectos y las segundas a juicio de cada dependencia podían ser parte de los directos o indirectos.

El Capítulo 9 se ocupó de los "Cargos Indirectos", y determinó que estos correspondían a los gastos generales necesarios para la ejecución de la obra pero no incluidos en las

cargos directos y que estos gastos podían efectuarse tanto en las oficinas centrales del contratista como en la obra directamente, y que estos serían expresados como un porcentaje del costo directo de cada concepto de trabajo y que sería calculado sumando los gastos generales que resultaran aplicables y dividiendo el resultado de esa suma entre el costo directo de la obra de que se tratara.

El Capítulo 10 trató lo atinente al “Cargo por Utilidad”, reiterando que consistía en la ganancia que debía pagarse al contratista por la ejecución de los trabajos y señaló que la misma debía representarse como un porcentaje sobre la suma de los cargos directos más indirectos de cada concepto. El Capítulo 11 estuvo dedicado a definir cuales eran los “Cargos Adicionales”, y señaló deberían expresarse como un porcentaje sobre la suma de directos más indirectos más utilidad. Finalmente, el Capítulo 12 estuvo constituido por una tabla en donde se presentó un resumen de los cargos que integraban un precio unitario.

2.9.- LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1980.

Esta norma, la Ley de Obras Públicas, fue emitida el 27 de diciembre de 1980 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980, sustituyó a la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, su artículo primero transitorio ordenó que entrara en vigor el día 1º de enero de 1981. Estuvo estructurada por un total de setenta y cuatro artículos distribuidos en Cuatro Títulos, el primero denominado “Disposiciones Generales”, el segundo “De la Obra Pública”, el tercero “De las infracciones y Sanciones” y el cuarto “De los Recursos Administrativos”

El primer título tuvo un Capítulo Único que se conformó con los primeros 11 artículos, en ellos determinó que esa norma era de orden público e interés social y tenía por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública que realizaran todos los integrantes de la administración pública federal; estableció un concepto legal de obra pública; la terminología de la ley, diferenciando entre dependencias y entidades; la obligación de que el gasto en la materia se sujetara a las normas presupuestales; que era aplicable a los contratos de servicios relacionados con la obra pública; que la dependencia responsable de la aplicación de la ley sería la extinta Secretaría de Programación y Presupuesto, a quien denominó la Secretaría; se facultó a

la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, con intervención de la antes citada, para expedir las disposiciones administrativas que deberían observarse en la contratación y ejecución de las obras públicas en aplicación de la Ley, esto es, la norma contiene el mismo error de la anterior, en clara contravención a lo determinado por el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

“Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.”

Como puede observarse, el artículo constitucional es más que claro, ya que otorga esa facultad al Presidente de la República de manera exclusiva y no a otros integrantes del poder ejecutivo. Tal vez esto se debió a que en la época no existía una clara separación entre los poderes legislativo y ejecutivo, haciendo el primero lo que ordenaba el segundo, en razón de los poderes meta constitucionales ejercidos por el segundo.

Sobre este particular conviene tener presente que en la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí es válido que el legislativo otorgue a una dependencia del ejecutivo facultades para expedir “normas de carácter técnico–operativo” que provean la adecuada aplicación de una norma jurídica como se desprende de la siguiente tesis:

“REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS. LAS DICTADAS EN EJERCICIO DE UNA FACULTAD CONFERIDA POR LA LEY A UNA SECRETARÍA DE ESTADO, NO PUGNAN CON EL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO. El primer párrafo del artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que “La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado ...”. De lo anterior se deduce que **las reglas generales administrativas dictadas en ejercicio de una facultad conferida por una ley expedida por el Congreso de la Unión a una Secretaría de Estado constituyen una categoría de ordenamientos que no son de índole legislativa ni reglamentaria, sino que se trata de cuerpos normativos sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, cuya existencia obedece a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública, por lo que su expedición no pugna con el principio de distribución de atribuciones entre los diferentes órganos del poder público.** Lo anterior es así, porque los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes, cuya expedición

compete al Presidente de la República, en términos de lo dispuesto en el artículo 92 de la propia Carta Magna, tienen diferente forma y materia que las reglas citadas, y mientras el Congreso de la Unión no interfiera en la formación de aquellos actos, puede conferir directamente a los Secretarios de Estado la atribución de expedir reglas técnico-operativas dentro del campo de una ley específica; de manera que si el otorgamiento de atribuciones por la Norma Fundamental a los diferentes órganos gubernativos no puede extenderse analógicamente a otros supuestos distintos a los expresamente previstos en aquella, **las reglas técnicas y operativas están fuera del ámbito exclusivo del titular del Poder Ejecutivo, al gravitar dentro de la potestad legislativa del Congreso de la Unión para autorizar su expedición mediante una ley** a alguna o varias de las secretarías de Estado y departamentos administrativos, cuya distribución de competencias figura tanto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, como en las demás leyes que le incumben al Congreso de la Unión.

Amparo directo en revisión 40/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

Amparo directo en revisión 88/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

Amparo directo en revisión 89/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

Amparo directo en revisión 90/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

Amparo directo en revisión 91/2001. Guillermo Alonso Cisneros. 1o. de octubre de 2001. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Ma. Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy diecinueve de marzo en curso, aprobó, con el número XIV/2002, **la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis**

jurisprudencial. México, Distrito Federal, a diecinueve de marzo de dos mil dos.

Nota: No es jurisprudencia por no haber obtenido la votación requerida.”

En relación con lo expresado por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es necesario tener presente que la misma siempre hace referencia a normas de carácter técnico–operativo, que define señalando que se trata de cuerpos normativos sobre aspectos técnicos y operativos para materias específicas, por lo que establece que su existencia obedece exclusivamente a los constantes avances de la tecnología y al acelerado crecimiento de la administración pública, y sólo en tal supuesto es que expedición no entra en pugna con el principio de distribución de atribuciones entre los diferentes órganos del poder público. por lo que cualquier norma que exceda ese terreno estará fuera de esta hipótesis y en contravención a la Constitución, como fue el caso de las Bases y Normas y también lo fue de las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas, como veremos más adelante. Así mismo, otro aspecto a destacar, es que se trata de una tesis aislada, pues no alcanzó los votos suficientes para convertirse en una jurisprudencia, lo cual habla de la inexistencia de un criterio unánime sobre la constitucionalidad de ese tipo de normas, aún las de carácter técnico-operativo.

En el mismo capítulo en análisis, la ley determinó que todas las obras públicas en las que se ejercieran recursos federales, en forma total o parcial quedaban sujetas a sus disposiciones; que las dependencias y entidades tenían la obligación de coordinar las acciones necesarias para la ejecución de las obras que requirieran de la intervención de dos o más de ellas y que mediante convenios de coordinación fiscal, se establecerían las bases de dicha coordinación; que la denominada Secretaría, dictaría mediante reglas de carácter general, inconstitucionales como ya quedó expresado, las facultades de las dependencias coordinadoras de sector para vigilar las acciones de las entidades en materia de obra pública y comprobarán sus resultados; que las dependencias y entidades estaban obligadas a formular un inventario de la maquinaria y equipo de construcción que tuvieran a su resguardo o fuesen de su propiedad y de mantenerlo actualizado y un catálogo y archivo de estudios y proyectos que realizaran en materia de obra pública, con el deber de concentrar la información en la Secretaría; y la creación de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, cuyo objeto consistiría en fungir como órgano de asesoría y consulta, además de formular los estudios y emitir las opiniones con base en las cuales la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, emitiría

las normas que en materia de contratación y ejecución de obras harían factible el cumplimiento de esta Ley.

Una innovación importante de esta ley consistió en que incluyó en Título Segundo, un Capítulo I, denominado "De la Planeación, de la Programación y Presupuestación de las Obras", donde por primera vez fueron reguladas estas etapas del proceso administrativo público²⁶¹. En cuanto a la planeación, estableció la obligación de las dependencias y entidades de prever que en la ejecución de las obras públicas a su cargo, se respetaran las políticas y prioridades establecidas en los planes elaborados por el gobierno federal, a nivel nacional, sectorial, regional de desarrollo social y económico a corto, mediano y largo plazos, de conformidad con los recursos que les fuesen asignados, jerarquizarlas en función de las necesidades existentes, respetar las disposiciones legales y reglamentarias y considerar lo previsto por los planes de desarrollo social y económico de los estados y municipios; prever los requerimientos de áreas y predios para la ejecución de las obras, consultando a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras para que determinara su conveniencia y viabilidad, además de observar las declaratorias que limitaban el uso de algunas áreas y predios, considerar la disponibilidad de recursos financieros para su ejecución; prever tanto las obras principales como las complementarias; la tecnología aplicable; considerar el uso preferente de recursos humanos y la utilización de los materiales propios de la región donde se fuesen a desarrollar las obras. Igualmente otra innovación consistió en la obligación de prever los efectos de las obras en el medio ambiente, con el consecuente deber de incluir lo necesario en los proyectos para que se preservaran, restauraran, o mejoraran las condiciones ambientales y los procesos ecológicos.

En cuanto a la programación y la presupuestación, la norma estableció que las dependencias y entidades estaban obligadas a elaborar programas de obra pública y sus presupuestos debiendo considerar los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo, las acciones a realizar y los resultados previsibles, los recursos necesarios para su ejecución, la calendarización física y financiera, los gastos de operación, y las unidades responsables de su ejecución; debiendo prever las acciones necesarias para realizar las etapas de planeación, programación y presupuestación del proceso administrativo

²⁶¹ Morales-Paulín, Carlos A. El Proceso Administrativo Público, 1ª Edición, México, Porrúa, 1999. Págs. 6 y siguientes.

público. La norma también determinó la concentración de dicha información para efectos de integrarla al proceso de planeación del país; (en esa época todavía no existía el sistema de Planeación Democrática del Desarrollo Nacional, previsto actualmente por el artículo 26 constitucional); que serían elementos de la obra pública las asesorías y las consultorías especializadas, al igual que los estudios técnicos y de preinversión; que en la programación, debían realizarse los estudios y proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requirieran para la ejecución de las obras públicas, al igual que las normas y especificaciones de ejecución aplicables; que el programa de obra pública debería prever las fechas de inicio y terminación de todas fases de la obra pública.

Respecto de la presupuestación, estableció la obligación de elaborar el presupuesto de cada obra pública prevista en los programas, distinguiendo las que se ejecutarían por contrato y por administración directa, sin la intervención de los contratistas. Los presupuestos debían incluir los costos relativos a investigaciones, asesorías, consultorías, estudios, proyectos arquitectónicos y de ingeniería, regularización y adquisición de la tierra; los de su ejecución en cualquiera de sus modalidades e incluyendo todos los costos previsibles, las obras de infraestructura complementaria, los trabajos relativos a la preservación, operación y mantenimiento ordinario, preventivo y correctivo de los bienes inmuebles a su cargo, y en el caso de las obras que rebasaran un ejercicio presupuestal debería prever los recursos necesarios para su terminación en el momento programado.

El Capítulo II del segundo título, normó lo concerniente al "Padrón de Contratistas de Obras Públicas", al igual que la ley antecesora, sólo que esta vez encargó a la Secretaría de Programación y Presupuesto el fijar los criterios y procedimientos para clasificar a las personas inscritas en él, esto de acuerdo con lo que hubiesen manifestado y comprobado en cuanto a especialidad, capacidad técnica y económica, y su ubicación en el territorio nacional. Se estableció como obligación de la Secretaría hacer del conocimiento público las personas inscritas en el padrón; y que únicamente las personas inscritas y con registro vigente, estarían en aptitud de celebrar contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma; que las solicitudes de inscripción fueran por escrito, determinado los requisitos que debían cumplirse; que el registro tendría vigencia de un año, del 1º de julio al 30 de junio del siguiente año, sujeto a revalidación, solicitada por escrito, treinta días antes de su vencimiento; y que tanto la inscripción como la revalidación causarían derechos. La Secretaría debía resolver sobre inscripciones o

revalidaciones en treinta días, en caso contrario operaría la figura de la afirmativa ficta; igualmente, la Secretaría estuvo facultada para suspender o cancelar el registro de los contratistas en los casos previstos por la norma; los interesados afectados podían interponer un recurso de revocación.

En el Capítulo III, del Título Segundo, de la Ley en comento, intitulado “De los Servicios Relacionados con la Obra Pública”, se estableció como obligación de las dependencias y entidades el verificar en sus archivos, o en los de las dependencias y entidades afines, la existencia de estudios o proyectos sobre la materia y de resultar positiva la búsqueda la contratación no sería procedente, o sólo podría contratarse, la adecuación, del que siendo afín, no cubriera todas sus necesidades y requiriera de modificaciones para su cabal utilización; se estableció que la contratación de los mismos fuera directa y que en estos no podrían quedar comprendidos todos aquellos que tuvieran por objeto la ejecución de cualquier tipo de trabajos de obra.

El Capítulo IV, trató lo relativo a la ejecución de las obras, estableciendo que éstas podrían ser ejecutadas bajo la modalidad de contrato, o por administración directa; que para ejecutar una obra esta debía estar incluida en el programa de inversiones respectivo; que se contrata con los estudios y proyectos, las normas y especificaciones de construcción, el presupuesto, el programa de ejecución, en su caso el programa de suministros y fuesen cumplidos los trámites o gestiones establecidos por los estados y municipios, es decir, se obtuvieran los permisos y licencias de construcción correspondientes.

Respecto de la adjudicación de los contratos de obra pública se estableció que éstos serían adjudicados previa celebración de subasta o concurso, al que se invitaría mediante convocatoria pública para que se presentaran proposiciones en sobre cerrado que sería abierto en junta pública, es decir, por primera vez, la normatividad estableció como norma general para la adjudicación de contratos a la licitación pública, aún cuando usó un lenguaje incorrecto, ello derivado de lo señalado por el artículo 134 constitucional en ese entonces; que la convocatoria debía enviarse a la Secretaría en el momento de su expedición y junto con ella, todos los documentos requeridos por aquella; que la publicación de las convocatorias debía referirse a una o más obras y debía publicarse en el Diario Oficial de la Federación, cumpliendo con los requisitos mínimos para ello

previstos; que todo interesado que cumpliera los requisitos establecidos tenía derecho a participar en el procedimiento; que los participantes estaban obligados a garantizar la seriedad de sus proposiciones, en su oportunidad, de resultar ganadores, el cumplimiento del contrato y la correcta inversión de los anticipos, mediante la presentación de garantías a nombre de la Tesorería de la Federación o a nombre de las entidades convocantes.

En cuanto a la substanciación de la subasta o concurso, la Ley determinó que la dependencia o entidad convocantes, tomando como base su presupuesto de obra y el análisis de las proposiciones admitidas, debería emitir un dictamen que serviría de fundamento para emitir el fallo, el cual sería dado a conocer en junta pública. El contrato debía adjudicarse a quien reuniendo las condiciones necesarias, garantizara satisfactoriamente el cumplimiento del contrato y la ejecución de la obra y hubiere presentado la postura más baja. Contra el fallo emitido no era procedente la interposición de recurso alguno y cuando no se hubieren presentado propuestas aceptables, se debía proceder a declarar desierto el concurso y posteriormente a expedir una nueva convocatoria.

Como excepciones al procedimiento de subasta o concurso, los artículos 33, 55, 56 y 57 establecieron varios supuestos, el primero fue la ejecución de obras para fines militares, para la armada, o cuando fuesen necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia, y la soberanía de la Nación y garantizar su soberanía interior, dejando estas bajo la responsabilidad del presidente de la república, toda vez que dejó a él la facultad exclusiva de acordar su ejecución y autorizar los recursos necesarios para ello; otro supuesto fue la existencia de razones de seguridad nacional, o cuando existieran circunstancias extraordinarias o imprevisibles, o peligrara o se alterara 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, o por casos fortuitos o de fuerza mayor; uno más fue que el contrato sólo pudiera celebrarse con una persona determinada por ser la titular de las patentes necesarias para la ejecución de la obra; otro supuesto, consistió en el concurso por invitación directa en atención al monto de las obras, en relación con el monto de inversión total establecido para cada dependencia o entidad en el presupuesto de egresos, supeditado a la emisión previa de una resolución fundada que calificara las razones y circunstancias que hubieran concurrido en cada caso.

De lo anterior, y lo previsto por el artículo quinto transitorio de la ley de mérito, se concluye que en el caso la norma sólo estableció como procedimientos de adjudicación de contratos de obra pública el concurso o subasta convocados públicamente y el concurso o subasta convocados directamente y reservó la adjudicación directa para los contratos de servicios relacionados con las obras públicas cualquiera que haya sido su monto, y estableciendo límites de monto en el presupuesto, para la celebración del segundo tipo de concurso. La dependencia o entidad debían fundamentar en un dictamen la adjudicación y la capacidad e idoneidad del o de los contratistas que la ejecutarían, así mismo, estableció la prohibición de que las obras no deberían ser fraccionadas para que quedaran comprendidas en el supuesto de la subasta o concurso por invitación directa.

Una vez adjudicado un contrato, tanto la dependencia o entidad como el contratista, quedaban obligados a formalizar el contrato, en un plazo máximo de veinte días hábiles, determinándose que el contratista que no firmara el contrato perdería la garantía de sostenimiento de la proposición, y el ente convocante fue facultado para adjudicar el contrato al participante que hubiera ocupado el siguiente lugar, sin tener que tramitar un nuevo procedimiento, por lo que nuevamente la norma fue omisa en cuanto a sancionar el que el contrato no se formalizara por causa imputable al estado.

Tanto la adjudicación como la formalización del contrato debían ser notificadas a la Secretaría o a la dependencia coordinadora de sector. Se estableció que el contratista era el único responsable de la ejecución de los trabajos en todo momento; se prohibió la subcontratación de toda la obra, pero se permitió con autorización de la dependencia o entidad respecto de partes específicas de la obra, o cuando la adquisición de materiales o equipos incluyera su instalación por parte del proveedor o fabricante.

Como una innovación estableció que los contratos podían celebrarse a base de precios unitarios, pero también a precio alzado: Definió al primero pero no al segundo. Respecto de los contratos señaló que debía formar parte de ellos la descripción pormenorizada de la obra, los proyectos, los planos, las especificaciones técnicas, los programas de ejecución y el presupuesto de cada obra; también como una innovación, y prerequisite de cumplimiento de los contratos de obra pública, a favor de los contratistas, la obligación de las dependencias y entidades de poner a disposición de aquel, el o los inmuebles donde

debía ejecutarse la obra, con antelación a la fecha programada para el inicio de los trabajos, mismo que debía ser notificado a la Secretaría.

En cuanto a la *potestas variandi*, normó la facultad para modificar los contratos mediante dos formas: la primera por acuerdo único por escrito, si las alteraciones no eran mayores al 20% del monto contratado, ni implicaran variaciones sustanciales al proyecto; en el segundo, celebrando convenio adicional, cuando las modificaciones excedieran el porcentaje indicado o implicaran variaciones sustanciales al proyecto, esto como garantía al *pacta sunt servanda*, pues prohibió modificaciones que afectaran la naturaleza y características esenciales de la obra y que fuera celebrado para eludir el cumplimiento de la ley. Las modificaciones debían notificarse a la Secretaría o la dependencia coordinadora de sector, dentro de los treinta días siguientes, al de la fecha en que se hubiere formalizado la modificación contractual, siendo necesario contar previamente con recursos suficientes en el presupuesto aprobado, y que la decisión se sustentara en razones fundadas y explícitas de interés general.

En cuanto a la facultad rescisoria, facultó a las dependencias y entidades para rescindir administrativamente los contratos ya fuera por razones de interés general o por incumplimiento del contratista a los términos del contrato o las disposiciones de la ley. Así mismo, reguló la facultad de suspender total o parcialmente las obras por causas justificadas. De estos hechos tenían la obligación de informar a la Secretaría dentro de los diez días hábiles siguientes al de la emisión de la resolución respectiva y la norma estableció que las consecuencias de una y otra debían ser establecidas en los contratos respectivos.

También como una innovación, reguló la aplicación de la teoría de la imprevisión, por primera vez en México, el sistema de mayores costos o revisión reglamentada de costos, denominado como el "ajuste de costos", señalando que este sería procedente:

"Cuando durante la vigencia de un contrato de obra ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato, pero que de hecho y sin dolo, culpa, negligencia o ineptitud de cualquiera de las partes, determinen un aumento o reducción de un cinco por ciento o más de los costos de los trabajos aún no ejecutados, el contrato será revisado."

En cuanto a los pagos, la norma estableció que estos se efectuarían a través de estimaciones por trabajos ejecutados, correspondientes al ejercicio presupuestal de que se tratara, las que debían ser formuladas y autorizadas bajo la responsabilidad de las dependencias o entidades, mismas que tenían la obligación de informar de la erogación realizada a la Secretaría o la dependencia coordinadora de sector en un plazo máximo de diez días hábiles siguientes a la autorización de cada estimación.

Respecto del principio de dirección y control, la norma lo reguló tímidamente, pues sólo estableció lo atinente a suspensión de las obras, la rescisión de las mismas, como ya quedó indicado, y la terminación de los trabajos, pero no estableció la figura de la residencia de obra. Respecto de la terminación de los trabajos, estableció como obligación de los contratistas, informar de ello a la dependencia o entidad contratante, para que verificara el hecho en un plazo de treinta días hábiles; el acto de entrega y recepción debía realizarse en un plazo igual después de la constatación, se debía notificar a la Secretaría la fecha del evento con diez días hábiles de anticipación, para que en su caso asistiera, no siendo necesaria su participación en el levantamiento del acta, en que se debía hacer constar el acto.

El contratista, quedaba obligado a responder de los defectos que resultaren en la obra, de los vicios ocultos, y de cualquiera otra responsabilidad en que hubiere incurrido, conforme a lo estipulado en el contrato, o a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, esto es, en los términos de los artículos 2142 y 2149, la dependencia o entidad convocante, podía reclamar la existencia de vicios ocultos en un plazo máximo de seis meses, a partir de la fecha del acto de entrega y recepción.

Al igual que la anterior ley, la que se comenta, estableció como obligación de los contratistas el pago de derechos por concepto de servicios de inspección, vigilancia y control que estuvieron a cargo de la ya citada Secretaría de Programación y Presupuesto y el monto de estos fue el cinco al millar por cada estimación de trabajos ejecutados que fuera cobrada.

La Ley determinó que los contratos que fuesen celebrados con base en la misma, deberían considerarse de derecho público; y que las controversias suscitadas con motivo

de la interpretación o aplicación de la misma o de los contratos serían resueltas por los tribunales federales.

Al igual que la anterior, estableció como obligación de las dependencias y entidades enviar a la Secretaría copia de los títulos de propiedad y los datos de localización y construcción de las obras, para que fueran incluidas en el “Catálogo de Inventarios de los Bienes y Recursos de la Nación”, y en su caso inscritas en el Registro Público de la Propiedad Federal; igualmente que la unidad administrativa responsable de la utilización de las obras, quedaba obligada a recibirlas con oportunidad, para lo cual se le debía entregar toda la documentación necesaria, pues quedaban obligadas a mantenerlas en niveles apropiados de funcionamiento, debiendo llevar registro de los gastos realizados para su conservación y mantenimiento, restitución de la eficiencia de la obra y en su caso de los gastos de demolición.

El Capítulo V, denominado “De la Información y Verificación” se integró con siete artículos del 59 al 65, en ellos la ley reiteró las facultades de inspección, vigilancia y control que tenía a su cargo la Secretaría de Programación y Presupuesto, señalando que las dependencias y entidades estaban obligadas a remitir a ésta en la forma y términos que señalara la información relativa a las obras que realizaran y contrataran, y en el caso de las entidades coordinadas, a la dependencia coordinadora de sector, teniendo en consecuencia la obligación de conservar completa, en forma ordenada y sistemática, la información y documentación comprobatoria del gasto público ejercido en las obras, por un lapso de cinco años.

La Secretaría debería coordinarse con la de Comercio para establecer procedimientos que dieran seguimiento y control al gasto realizado por la Administración pública por concepto de adquisiciones de materiales, equipo y maquinaria o cualquier otro accesorio relativo a la obra pública.

Señaló la norma la obligación de las dependencias y entidades, de controlar todas las fases de la obra pública que tuvieran a su cargo, para lo cual deberían establecerse lineamientos, normas y procedimientos de supervisión y de control de la obra pública. Se otorgaron facultades a la Secretaría y a las dependencias coordinadoras de sector para verificar en cualquier momento que las obras públicas y servicios relacionados con las

mismas, se hubiesen ejecutado en apego a la Ley y conforme a los programas y presupuestos autorizados y a su vez las dependencias y entidades quedaron obligadas a otorgarles todas las facilidades para ello.

Cuando la Secretaría o las coordinadoras de sector tuvieran conocimiento de que en la ejecución de las obras públicas no se hubiera cumplido con la Ley y demás normas, debían solicitar las aclaraciones pertinentes, o precisar en que habían consistido las violaciones, pudiendo señalar las medidas que debían ser adoptadas para su corrección, estableciendo un plazo para el efecto, teniendo las dependencias y entidades la obligación de informar del cumplimiento dado a las observaciones emitidas. Las primeras quedaron facultadas para practicar las visitas, inspecciones y auditorías que consideraran convenientes, así como para solicitar toda la información que consideraran conveniente tanto a los servidores públicos como a los contratistas.

El Título Tercero denominado “De las Infracciones Sanciones”, se integró con los artículos del 66 al 72, estableciendo el monto de las multas y las sanciones que debieron ser aplicadas a quienes infringieron la Ley; para las contratistas podían consistir en la suspensión o cancelación de su registro en el “Padrón de Contratistas de Obras Públicas”, o en la rescisión administrativa de los contratos que hubieren motivado las infracciones; para el caso de multas y sanciones se establecieron los criterios y procedimientos para su aplicación. Como excepción a lo antes señalado, no procedía ninguna multa o sanción cuando la infracción se hubiere motivado por caso fortuito o fuera mayor, o se observara en forma espontánea el precepto incumplido. Determinó que los actos, convenios, contratos y negocios jurídicos realizados en contravención a lo dispuesto por ella, serían nulos de pleno derecho.

El Título Cuarto y último se intituló “De los Recursos Administrativos” y en sus artículos 73 y 74, reguló la substanciación de un recurso de revocación contra las resoluciones que dictara la Secretaría, mismo que podía interponer el interesado dentro los quince días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación, estableciéndose las reglas necesarias para su debida substanciación o tramitación; específicamente, en el caso de las resoluciones que cancelaran o suspendieran el registro en el padrón de contratistas, los interesados podían solicitarla suspensión del acto impugnado.

2.9.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1981.

La Ley de Obras Públicas, durante su período de vigencia, tuvo dos Reglamentos, el primero de ellos, fue expedido el 3 de septiembre de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 11 del mismo mes y año. Estuvo estructurado por un total de 70 artículos y su período de vigencia fue del 12 de septiembre de 1981, al 13 de febrero de 1985, fecha en que fue publicado el segundo Reglamento, que en su artículo segundo transitorio abrogó al que nos ocupa.

El Título Primero estuvo integrado por un Capítulo Único, dedicado a aclarar algunos aspectos terminológicos de la Ley; que para aplicar la Ley en lo relativo a bienes inmuebles habría que estar lo determinado por la legislación civil (Código Civil) y a la Ley General de Bienes Nacionales; que entre los trabajos que debían identificarse como obra pública habría de considerar a los tendiente a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios y explotar y desarrollar los recursos naturales del país, señalando algunos ejemplos; que en las obras ejecutadas por varias dependencias y entidades, la responsable de la planeación y programación del conjunto de obras tenía a su cargo la coordinación de las acciones, la racionalidad y eficiencia de cada intervención; en cuanto al inventario de maquinaria y equipo, y los catálogos de estudios y proyectos señaló la obligación de actualizarlos anualmente.

El Título Segundo fue estructurado con cuatro Capítulos, el I, denominado "De la Planeación, Programación y Presupuestación", que reglamentó la forma y términos en que debían efectuarse dichas actividades, por ejemplo, la obligación de las dependencias coordinadoras de sector de emitir sus programas sectoriales, a los que quedarían sujetas ellas mismas y las entidades por ellas coordinadas; que en la formulación de los programas y presupuestos anuales era válido determinar que una misma obra fuera realizada bajo las modalidades de contrato y administración directa, lo cual sólo podría ser modificado con autorización de la Secretaría; que en los programas y presupuestos debían indicarse las obras y servicios relacionados con las mismas, que requerirían de anticipos; que el cálculo de las inversiones en los presupuestos de cada obra, podría efectuarse con base en indicadores de costos, tabuladores de precios unitarios, precios de obras similares, precios analizados, o por el método de asignación de recursos; que al efectuar la presupuestación de cada obra se deberían considerar los conceptos y

cantidades de trabajo y aplicar los costos, mismos que deberían ser analizados conforme a las condiciones económicas que prevalecieran en el momento de su elaboración; que en el caso de las obras que rebasaran un ejercicio presupuestal, el presupuesto de inversión debía formularse de conformidad con las condiciones que imperaran en cada momento.

Igualmente se estableció para las dependencias y entidades la obligación de tramitar y obtener de las autoridades correspondientes los permisos, licencias y demás autorizaciones necesarias para la ejecución de las obras, teniendo las autoridades locales la obligación de otorgarles todas las facilidades posibles. Sobre este particular la norma señaló que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, tenía bajo su responsabilidad establecer los lineamientos conforme a los cuales, sería determinada la conveniencia y viabilidad de las áreas y predios requeridos para la ejecución de las obras públicas.

En cuanto a la obligación de preservar, restaurar o mejorar las condiciones ambientales dispuso que las Secretarías de Salubridad y Asistencia y de Agricultura y Recursos Hidráulicos estaban facultadas para establecer las normas, criterios, y lineamientos conforme a los cuales se deberían prever estos aspectos en la fase de planeación de las obras, lo cual implicó el inconstitucional uso de la facultad reglamentaria, como ya se comentó. Así mismo, se facultó a la Secretaría de Salubridad y Asistencia para determinar cuales proyectos, obras o tipo de obras podrían tener impacto en el ambiente, a efecto de que las dependencias y entidades obtuvieran su autorización específica, o en su caso consideraran las previsiones o modificaciones que esta determinara, igualmente tuvo facultades de inspección y vigilancia para verificar que las obras y proyectos se ajustaran a las leyes y normas de la materia.

Los programas de obras debían ser evaluados por las dependencias o entidades que los formularan, por las dependencias coordinadoras de sector y la Secretaría, para conocer la eficacia de estos en la consecución de los objetivos y metas; la eficiencia en la utilización de los recursos, y verificar su congruencia con los planes de desarrollo. La Secretaría, inconstitucionalmente fue facultada para en ejercicio de la facultad reglamentaria, establecer los criterios y lineamientos que debían ser observados para el análisis de los

planes, programas y presupuestos de obra pública, y al igual que las coordinadoras de sector, para comprobar sus resultados.

En cuanto a la programación, es decir, la distribución y uso de los recursos públicos en los programas de obra, cada entidad coordinada y no coordinada, era responsable de realizar sus proyectos, de presentar a la dependencia coordinadora de sector, o a la Secretaría el programa de inversión respectivo, acompañado de los estudios de factibilidad y del análisis correspondiente, para su verificación. La Secretaría estaba facultada para hacer las observaciones que creyera convenientes en beneficio del interés general, las que debía comunicar a las dependencias coordinadoras de sector o a las entidades directamente, para que efectuaran las modificaciones respectivas al ejercer sus respectivos presupuestos. Similares atribuciones tenía la dependencia responsable de la planeación, programación y presupuestación de una obra, donde interviniesen varias dependencias y entidades, las cuales deberían a su vez evaluar sus propios resultados.

En el Capítulo II, titulado "Del Padrón de Contratistas de Obras Públicas", se estableció que era obligación de la Secretaría publicar en el mes de agosto de cada año, en el Diario Oficial de la Federación, el nombre de las personas inscritas en el padrón; de informar mensualmente a las dependencias y entidades, de las inscripciones, suspensiones y cancelaciones realizadas después del 1º de julio de cada año. Se reitera la existencia de la afirmativa ficta para los casos de silencio de la Secretaría ante solicitudes de inscripción o revalidación, y el derecho de los contratistas de participar en los concursos de su especialidad, estando en ese supuesto. Fue obligación de los contratistas, notificar a la Secretaría, de modificaciones relativas a su capacidad técnica y económica, y a su especialidad, cuando ello implicara cambios en su clasificación dentro del padrón y esta debía resolver en un plazo de treinta días.

La Secretaría tuvo obligación de informar, previa solicitud, de las dependencias y entidades, sobre datos específicos de los contratistas registrados, y aquellas, a solicitar, con la debida fundamentación y motivación, la suspensión o cancelación del registro de los contratistas; y se prohibió señalar en las convocatorias, que se tuviera que contar con un registro de contratista en cada dependencia o entidad. El último artículo del Reglamento, estableció el procedimiento a seguir en los casos de suspensión o cancelación del registro en el "Padrón de Contratistas de Obras Públicas".

El Capítulo III, trató lo relativo a los servicios relacionados con la obra pública, obligando a dependencias y entidades a formular un dictamen en el que justificaran las razones de la adjudicación directa del contrato respectivo, a favor del seleccionado, cumpliendo con requisitos mínimos.

El Capítulo IV, intitulado "De la ejecución de las obras", que en realidad debió denominarse "de la contratación y ejecución de las obras", toda vez que se estructuró con dos secciones, la primera se denominó "Del proceso de adjudicación", y la segunda sección se llamó "De la contratación, ejecución, información y verificación de las obras".

En la primera sección se estableció cual era la información mínima que las dependencias y entidades deberían proporcionar a los interesados en participar en los concursos; que cualquier situación no considerada en el pliego de requisitos o bases de la licitación debía ser hecha del conocimiento de los interesados con antelación a la celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones; los requisitos mínimos a cumplir por los contratistas, al integrar sus propuestas; y la obligación de invitar al acto de presentación y apertura de las proposiciones, a la Cámara de la Industria correspondiente, además, a funcionarios o representantes de los sectores público, social o privado.

Normó la tramitación del acto de presentación y apertura de las proposiciones, estableciendo que sería presidido por el funcionario designado para ello e iniciarse en el lugar, fecha y hora determinados; que sólo podían participar los concursantes presentes; que al pasar lista de asistencia, los representantes acreditados, debían entregar su proposición; acto seguido se hacía la apertura de sobres y la verificación del cumplimiento de los documentos y requisitos solicitados; la falta de cualquiera de ellos motivaba el desechamiento; que debía leerse en voz alta, el monto de cada propuesta; los participantes debían rubricar todas las propuestas en las partes que consignaran montos e importes, cualquier negativa u omisión se hacía constar en el acta, como todo lo anterior, y la fecha programada de emisión del fallo; el acta debía ser firmada por todos los participantes, entregando copia a cada uno de ellos; en caso de no recibir proposiciones o de que todas fueren desechadas se procedía a declarar desierto el concurso.

YX.

Reguló la realización del análisis de las proposiciones admitidas, pero omitió señalar en que consistiría éste, sólo indicó que se debía verificar que cumplieran con todos los requisitos solicitados, emitiendo un dictamen que serviría como fundamento para la emisión del fallo. En el dictamen se debían asentar las razones y las causas de las conclusiones obtenidas y señalaría quien o quienes de entre los proponentes, habían reunido las condiciones necesarias y garantizaban satisfactoriamente el cumplimiento del contrato y la ejecución de la obra, y quien había presentado la postura más baja, así como los lugares ocupados por los demás participantes.

Se estableció que el fallo debía emitirse en el lugar, fecha y hora establecidos, invitando a todos los que hubieren participado en el acto de presentación y apertura de las proposiciones; que consistiría en hacer público el nombre del concursante seleccionado para ejecutar los trabajos objeto del concurso y adjudicatario del contrato; que debía hacerse constar en un acta, la cual debía ser firmada por todos los asistentes al acto, a quienes se les debía entregar copia, y estableció los requisitos mínimos de ésta. En el mismo acto, las garantías de seriedad de la proposición eran devueltas a los participantes no ganadores, con excepción de la del ganador, la que era retenida hasta ser sustituida por la garantía de cumplimiento de contrato y, en su caso, por la correspondiente al buen uso del anticipo.

En el supuesto de que la dependencia o entidad convocantes no celebraran el contrato en un plazo de veinte días hábiles, contados a partir de la adjudicación del contrato, el contratista seleccionado quedaba en libertad de celebrar o no el contrato, en esta última hipótesis no tendría ninguna responsabilidad y adquiriría los derechos de devolución de la garantía de seriedad de la proposición y de pago de los gastos no recuperables en que hubiese incurrido para preparar y presentar la propuesta. La norma fue omisa al dejar de establecer que la no-celebración en tiempo del contrato, debía responder a razones de interés público, pues de otro modo la celebración de los contratos resultaba ser un acto discrecional de los servidores públicos, lo que se contrapone con los principios de legalidad, de buena fe y de consecución del interés público que rigen y han de cumplirse en el derecho administrativo.

La segunda sección del citado Capítulo IV, intitulada "De la contratación, ejecución, información y verificación de las obras" reguló dichos temas en los siguientes términos:

Determinó que las garantías que los contratistas debían otorgar en la celebración de contratos de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, eran tres: la de seriedad de las proposiciones, la de cumplimiento de contrato y la de la correcta inversión de los anticipos; que debían constituirse a favor de la Tesorería de la Federación o a nombre de las entidades; que la primera debía consistir en cheque expedido por institución de crédito autorizada para operar en el país, debiendo ser de caja o certificado, su monto podía ser fijado por la dependencia o entidad sin rebasar el cinco por ciento del monto de la propuesta; la garantía de cumplimiento de contrato debía consistir en fianza por el diez por ciento del monto del contrato, expedida por una institución autorizada para ello, debiendo estar vigente durante el plazo de ejecución del contrato o hasta que los trabajos estuvieran totalmente terminados y durante un año más, contado a partir de la celebración del acto de entrega y recepción de la obra, para responder de los defectos, vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que pudiera haber incurrido el contratista; se debía entregar dentro de los veinte días siguientes al de la suscripción del contrato por parte del contratista, la omisión de la presentación de esta garantía era causal para la rescisión administrativa del contrato; en el supuesto de contratos con vigencia multianual, la fianza debía otorgarse por el diez por ciento del monto a ejercer en el primer ejercicio y posteriormente debía incrementarse con el diez por ciento del monto a ejercer en cada año, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que el ente contratante informara al contratista el monto de la inversión a ejercer en ese ejercicio presupuestal.

En el supuesto de que la naturaleza de la obra así lo permitiera, en los contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma, podía pactarse la entrega de partes utilizables o terminadas, y en tal caso las fianzas debían ajustarse a dicha circunstancia. Respecto de las retenciones en garantía del cinco al millar, se previó que tenían que ser devueltas al contratista una vez que los trabajos estuvieran terminados y recibidos.

Respecto de los anticipos, la norma omitió establecer un porcentaje determinado, señalando que debía ser fijado por la Secretaría en el mes de septiembre de cada año, oyendo previamente a las dependencias y entidades ejecutoras, quedando al arbitrio de las partes establecerlo en el contrato; el monto de las cantidades recibidas por este concepto, debía invertirse en la obra motivo del contrato, asimismo, cubrirse o pagarse con el presupuesto autorizado en el ejercicio de que se tratara; tenían que ser ejercidos

en el ejercicio presupuestal de que se tratara, su amortización se hacía proporcionalmente con cargo a cada una de las estimaciones por trabajos ejecutados que fueran formuladas, en caso contrario, el monto no ejercido, debía ser devuelto por el contratista a la Tesorería de la Federación o a la entidad contratante; debía garantizarse al cien por ciento, mediante fianza expedida por institución autorizada para ello; debiendo otorgarse previo a la entrega, dentro de los veinte días siguientes a la firma del contrato; y sólo podía cancelarse cuando existía una amortización total del anticipo. También debían otorgarse fianzas para garantizar las obligaciones derivadas de la celebración de convenios adicionales, tanto para su cumplimiento como para la entrega de los anticipos pactados.

La regla general fue que todas las garantías otorgadas con motivo de la celebración de contratos de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, sólo podían ser canceladas una vez cumplidas las obligaciones que avalaban.

El reglamento facultó a la Secretaría para emitir reglas de carácter general a las que debía sujetarse la constitución de garantías, en el caso de los contratos de servicios relacionados con la obra pública, esto es, que se asignaran directamente o de obra cuyo monto no justificara el procedimiento de concurso por convocatoria pública.

Relativo a los pagos, la norma ordenó efectuarlos previa verificación de que los trabajos estuvieran ejecutados conforme a lo pactado, pero omitió establecer un plazo máximo para realizarlo y sancionar la *mora debitoris* imputable a los entes estatales, ya que esto alteraba la ecuación económico-financiera del contrato.

En cuanto al contenido de los contratos, el reglamento estableció que debían contener cláusulas o estipulaciones que determinaran las modalidades y particularidades de cada obra en lo atinente a anticipos, garantías, pagos, la aplicación de penas convencionales para asegurar el cumplimiento de las obras y servicios, y el procedimiento conforme al cual se determinarían las variaciones resultantes del aumento o reducción de los costos.

Respecto de la ejecución de los trabajos, determinó que el contratista era el único responsable de ello; que debía sujetarse a todos los reglamentos y ordenamientos de las autoridades competentes, en materia de construcción, seguridad y uso de la vía pública, así como a otras disposiciones establecidas al efecto por el ente contratante; y que serían

a su cargo las responsabilidades en general, así como los daños y perjuicios ocasionados por su inobservancia.

Por lo que hace al ejercicio de la facultad rescisoria y la suspensión total o parcial de las obras o servicios, por causa no imputable al contratista, determinó la obligación de los órganos estatales de indemnizarlo pagando los gastos no recuperables en que hubiere incurrido, previo estudio que realizaran de dichos gastos y convenio que celebraran las partes con intervención de la dependencia coordinadora de sector, debiendo informar de ello a la Secretaría.

Concerniente a la potestad rescisoria, por causa imputable al contratista, la norma fue omisa respecto del procedimiento a seguir, sólo indicó la obligación de los entes estatales de levantar un acta circunstanciada en la se haría constar la recepción de los trabajos en el estado en que se encontraran, debiendo informar de ello, tanto a la Secretaría como a la dependencia coordinadora de sector, en su caso.

El Reglamento se ocupó de regular la forma y términos en que el contratista podía solicitar la aplicación de la teoría de la imprevisión en su modalidad de ajuste de costos reglamentado, y obligó al contratista a iniciar el procedimiento y le adjudicó la carga de la prueba respecto de la existencia de las circunstancias de orden económico, y sus efectos en los trabajos aún no ejecutados: Los órganos del estado debían resolver lo conducente en un plazo perentorio, valorando los razonamientos hechos valer y las pruebas presentadas. Si la resolución era afirmativa, debía procederse a la modificación del contrato y formalizarla, debiendo informar a la Secretaría y en su caso a la dependencia coordinadora de sector.

El Reglamento también estableció los requisitos que debían cumplir los acuerdos para la ejecución de obras por administración directa, y facultó a las dependencias y entidades, para suspender en forma definitiva o temporal este tipo de obras. En el primer supuesto tenían que emitir un acuerdo en el que se hicieran constar tanto el estado en que se encontraba la obra al momento de decretarse la suspensión definitiva, como las razones que hubieren motivado aquella y de esto debía informarse a la Secretaría y en su caso a la dependencia coordinadora de sector.

Cuando en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia, la Secretaría o la dependencia coordinadora de sector, hubieran emitido observaciones que no se cumplieran, los entes del estado, con base en ello, quedaron facultadas para rescindir administrativamente los contratos o para determinar la suspensión de las obras o cancelar los acuerdos de obra por administración directa.

En cuanto a la recepción de los trabajos, esta podía ser de dos tipos, parcial o total, en este último caso, la recepción debía pactarse en los contratos exclusivamente respecto de partes de la obra que fueran utilizables o aprovechables. En ambos casos debía levantarse acta dentro de los treinta días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera constatado la terminación de los trabajos. Dicha acta debía cumplir con los requisitos que estableció como mínimos para su validez.

El Reglamento Interior de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de julio de 1981. Estableció que este órgano de asesoría y consulta para la aplicación de la Ley, creado por el artículo 6º de la Ley, tuvo a su cargo la elaboración de los estudios y opiniones con base en los cuales se expedirían las disposiciones administrativas que deberían observarse en la contratación y ejecución de las obras.

2.9.2.- REGLAS GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS PARA LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DE 1982.

El Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas aprobó las secciones 3 y 4 de las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de enero de 1982. Al igual que la "norma" que lo antecedió fue inconstitucional por el indebido ejercicio de la facultad reglamentaria, como ya se expuso.

- La sección 3, se refirió al procedimiento para la contratación e incluyó el modelo de contrato de obra pública a base de precios unitarios. el cual tenían obligación de adoptar

las dependencias y entidades en la contratación de obra pública. Más que el procedimiento de contratación, en realidad se constriñó a regular el contenido de los contratos de obra pública, y no al procedimiento de contratación, ya que en ninguna de las reglas que la integran se hace referencia al concurso o licitación pública.

El modelo de contrato contenido en la citada sección 3, contuvo una carátula de contrato, en la que se debían insertar los datos generales del mismo; el modelo de contrato, estuvo integrado por el proemio, las declaraciones de las partes contratantes, las cláusulas y las declaraciones finales. El apartado de estipulaciones determinó tan sólo a siete de ellas que se refirieron a: El objeto del contrato, el monto del mismo, el plazo de ejecución, la disponibilidad del o de los inmuebles, las sanciones por incumplimiento al programa, otras obligaciones del contratista y otras modalidades específicas. Dicho contrato contó con un instructivo para su llenado.

La sección 3 propiamente dicha, estuvo integrada por secciones y reglas, la sección 3.1. trató de las Generalidades señalando: en que podían consistir los contratos de obra pública; que al objeto específico de los contratos se le denominaría los trabajos; reiteró la obligación de contar previamente con la autorización presupuestal; que en los contratos se indicara cual era su autorización de inversión; que señalan el monto total de los trabajos a ejecutar; que si se ejecutaban en varios ejercicios, se debía indicar el monto autorizado para el primero; que la descripción de los trabajos fuera clara y precisa, y que el programa de obra sería parte integrante del contrato.

El inciso 3.2., se refirió a los contratistas, señalando que previo a la celebración de los contratos debían acreditar su capacidad jurídica, y estar registrados en el padrón de contratistas, y que tratándose de extranjeros, que previo a la firma, debían acreditar que tenían capacidad jurídica y se habían inscrito en el citado padrón.

El inciso 3.3., trató lo relativo al contrato de obra pública a base de precios unitarios, esto es, el contenido de las cláusulas que integraban a este contrato, de la regla 3.3.1 a la 3.3.21., conociendo de aspectos tales como: Planos, especificaciones y el programa; pago de los trabajos; ajuste de precios unitarios; trabajos extraordinarios; forma de pago; supervisión de los trabajos; ampliación del plazo; recepción de trabajos y liquidaciones; responsabilidades del contratista; fianzas; retenciones en garantía; subcontratación;

cesión de los derechos de cobro; suspensión de los trabajos; rescisión del contrato; procedimientos de rescisión; relaciones del contratista con sus trabajadores; otras obligaciones del contratista; que consistieron en la obligación de extinguir incendios en bosques e informes sobre su existencia a su contratante, informar a la Secretaría de Salubridad y Asistencia sobre la aparición de cualquier brote epidémico en la zona de ejecución de los trabajos y de la afectación de las condiciones ambientales y de los procesos ecológicos, y la deducción de 5 al millar en cada estimación; Intervención de las dependencias en la ejecución de los trabajos; y Jurisdicción.

La Sección 4 se intituló "Reglas para la Formulación e Integración de las Normas y Especificaciones de las Obras Públicas". El inciso 4.1.- señaló que estas tenían como propósito hacer cumplir la Ley, en cuanto a que las dependencias y entidades dispusieran de Normas y Especificaciones para todos y cada uno de los conceptos de trabajo que integraban las obras públicas que tenían a su cargo, las cuales formaban parte de los contratos, por lo que la existencia de estas en forma sistematizada tenía la finalidad de simplificar procedimientos, unificar criterios y evitar que las especificaciones relativas a un tipo determinado de obras tuvieran que elaborarse en cada caso.

El inciso 4.2.- fue dedicado a las Generalidades, destacando las obligaciones de las dependencias y entidades responsables de ejecutar obras públicas de: elaborar normas en forma permanente normas y especificaciones de construcción que estarían en constante revisión y actualización; para ello tenían que usar expresiones convencionales y uniformes que permitieran su adecuada interpretación; se debía dar trato especial a las normas y especificaciones para trabajos de conservación y mantenimiento; que al ejecutar, eventualmente obras de naturaleza igual o similar a las que ejecutaban otras dependencias o entidades, se deberían adoptar las norma y especificaciones formuladas por éstas; que en los casos en que para un mismo concepto de trabajo existieran especificaciones diferentes en dos dependencias la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, a solicitud de la Secretaría estudiaría las especificaciones y emitiría una opinión, con lo que se evitaba el predominio de criterios técnicos de tipo subjetivo.

El inciso 4.3.- fue dedicado a la definición de términos entre los que destacaron los de: Norma de obra pública, especificación, concepto de trabajo, unidad de medida, precio unitario, precio alzado, estimación, liquidación y finiquito.

El inciso 4.4.- titulado “Integración de las Normas de Obra Pública”, estableció que dichas normas se integrarían por libros, así dichos compendios en orden progresivo tratarían los siguientes temas: 1.- Generalidades y terminología; 2.- Normas de servicios técnicos; 3.- Normas para construcción e instalaciones; 4.- Normas de calidad de los materiales; 5.- Normas de calidad de los equipos y sistemas que pasan a formar parte de las obras; 6.- Normas para muestreo y pruebas de los materiales, equipos y sistemas; 7.- Normas para la puesta en servicio de las obras; 8.- Normas para trabajos de conservación y mantenimiento; y el Índice General de las Normas; se estableció el formato con que debían integrarse las normas; ordenando que se dividieran en títulos, capítulos, incisos y párrafos; estableció la numeración que debían seguir; y determinó cual sería el contenido del Libro de Generalidades y Terminología.

La regla 4.4.3., estableció como se debería integrar el Libro de Servicios Técnicos y especificó que las cláusulas que integraran cada norma se podían referir a: Definiciones, referencias, requisitos de ejecución y criterios de medición y base de pago; y definió estos conceptos.

La regla 4.4.4., instituyó como debía integrarse el Libro de Normas de Construcción e Instalación; señalando que las cláusulas que integrarían cada norma de este libro deberían referirse a: Definiciones, referencias, materiales, equipos y su instalación, requisitos de ejecución, alcances, criterios de medición y base de pago; y explicó en que debían consistir cada una de estas cláusulas.

La regla 4.4.5., intitulada Libro de Normas de Calidad de los Materiales, determinó que se integraría conforme a los criterios ya mencionados y ordenó que sus cláusulas debían referirse a: Definiciones, referencias y requisitos de calidad; e indicó en que consistía cada uno de ellos.

La regla 4.4.6., nombrada Libro de Normas de Calidad de los Equipos y Sistemas que pasen a formar parte de las obras, marcó que se integraría conforme a los criterios ya mencionados, ordenó que sus cláusulas debían referirse a: Definiciones, referencias y requisitos de calidad; e indicó en que consistían cada uno de ellos.

La regla 4.4.7., referida como Libro de Normas de Muestro y Pruebas de los Materiales, Equipos y Sistemas, ordenó que se integraría conforme a los criterios ya mencionados, señaló que sus cláusulas debían referirse a: Definiciones, referencias, obtención de muestras y pruebas; e indicó en que consistía cada uno de ellos.

La regla 4.4.8., rotulada como Normas para la puesta en Servicio de las Obras, ordenó que se integrara conforme a los criterios ya mencionados, señaló que sus cláusulas debían referirse a: Definiciones, referencias, pruebas de las instalaciones, equipos y sistemas; e indicó en que consistía cada uno de ellos.

La regla 4.4.9., se llamó Libro de Normas para Trabajos de Conservación y Mantenimiento y ordenó que se integrara conforme a los criterios ya mencionados, señaló y que sus cláusulas debieran referirse a: Definiciones, referencias, materiales, instalaciones, equipos y sistemas, requisitos de ejecución, alcances, criterios de medición y base de pago; e indicó en que consistía cada uno de ellos.

La Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió el inciso 3.5 del Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, 15 de febrero de 1982. Se integró con las reglas de la 3.51. a la 3.5.19, regulando todo lo atinente a los conceptos y contenido de dicho tipo de instrumento jurídico.

Inmediatamente después el inciso que nos ocupa tuvo como contenido el modelo de contrato respectivo, con una carátula prácticamente igual a la ya comentada, con la única diferencia que se hace referencia a que se trataba de un contrato de servicios relacionados con la obra pública; a continuación estaba el modelo de contrato propiamente dicho, con su proemio, sus capítulos de declaraciones y cláusulas que se limitó a seis, tratando lo relativo a: el objeto del contrato, el monto del contrato, el plazo de ejecución, las sanciones por incumplimiento, la propiedad de los trabajos y otras modalidades específicas, por último las declaraciones finales que en todos los casos estuvieron dedicadas a la nacionalidad, personalidad y domicilio de los contratantes.

Finalmente el inciso contuvo un Instructivo para el manejo del Modelo de Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública para las dependencias y entidades de la

administración pública federal, el cual se subdividió en los mismos capítulos del contrato, es decir, el proemio o encabezado, las declaraciones, el clausulado o estipulaciones y las declaraciones finales.

La Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, emitió el Inciso 3.7., denominado “De los Trabajos Menores de Conservación y Mantenimiento.” El cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de febrero de 1982. Esta norma fue derogada el decreto que reformó al segundo Reglamento de la Ley de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de 1990. Estuvo integrado por las reglas de 3.7.1.1. a la 3.7.1.7, tratando lo relativo a definir en que consistían éstos y a consideraciones generales; que las órdenes de trabajo podían celebrarse bajo las modalidades de precios unitarios o precio alzado; que para ejecutar estos trabajos, no era necesario contar con Registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas; que garantizaran sus obligaciones mediante la expedición de fianzas; que no le era aplicable la retención del 5 al millar; que no se otorgarían anticipos; que debía informarse de su celebración a la Secretaría mensualmente, y los requisitos que debía cumplir dicho reporte; que para su control se deberían adoptar el modelo y el instructivo que formó parte de dicho inciso; prohibió el fraccionamiento de los trabajos para su celebración; que para los demás trabajos de conservación y mantenimiento las dependencias y entidades deberían cumplir con lo establecido por las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

Inmediatamente después, el citado inciso 3.7., contuvo el “Modelo de Orden de Trabajo para que las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal encarguen la realización de Trabajos Menores de Conservación y Mantenimiento” y el correspondiente “Instructivo para el manejo del Modelo de Orden de Trabajo para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.”

Posteriormente, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió el Inciso 3.4., de las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas, para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 1982, denominado “Del Contrato de Obra Pública a Precio Alzado.”

Estuvo integrado por las reglas de la 3.4.1., a la 3.4.20., que trataron todo lo atinente al contenido de dichos instrumentos jurídicos al igual que en los casos anteriores. Incluyó el Modelo de Contrato de Obra Pública a Precio Alzado y su Instructivo; El modelo propiamente dicho estuvo integrado por el proemio o encabezado, las declaraciones de las partes, el clausulado o estipulaciones y las declaraciones finales. Las cláusulas fueron siete, que trataron lo relativo a: El objeto del contrato; el monto del contrato; la disponibilidad del inmueble; las sanciones por incumplimiento; otras obligaciones del contratista y otras modalidades específicas.

El Instructivo para el manejo del Modelo de Contrato de Obra Pública a Precio Alzado y Tiempo Determinado para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, al igual que el contrato esta integrado por apartados dedicados al encabezado, las declaraciones, el clausulado y las declaraciones finales, en donde se dan instrucciones precisas para el llenado del modelo de contrato.

La publicación en comento no se limitó al contenido anunciado por su título, toda vez que además del inciso 3.4., continuó con los demás incisos que conforman la sección 3 hasta su terminación, por lo que a continuación glosó su contenido:

El inciso 3.6., trató lo relativo al Acuerdo o Convenio Modificatorios de los Contratos de Obras Públicas y de Servicios relacionados con las mismas, y del Oficio de Ajuste de Precios Unitarios, a los primeros los reguló en las reglas 3.6.1., al 3.6.3., en ellas determinó que debían ser valoradas en su importancia, para optar por la opción adecuada, ya fuera que la modificación se refiriera al monto total, plazo o proyecto del contrato; que para la celebración del convenio se debía contar con la autorización de inversión respectiva; y que era obligatorio utilizar cualquiera de los modelos incluidos en las reglas.

La regla 3.6.4., reguló la emisión del Oficio que decretaba el Ajuste de Precios Unitarios, y señaló que para decretar los ajustes los entes Estatales, debían sujetarse a lo regulado en cada modelo de contrato que fue lo ya previsto por la Ley y el Reglamento pero en forma detallada, que en su caso la autorización no implicaría un aumento o reducción del monto del contrato, la afectación del proyecto, o el número de unidades a ejecutar por

precio unitario, prohibiendo la interpretación en tal sentido y determinó obligatorio el uso del modelo de oficio que fue incluido en las Reglas Generales.

Al igual que los otros modelos, el de Convenio Modificatorio, estuvo estructurado por la carátula, y el convenio propiamente dicho, integrado por su proemio o encabezado, las declaraciones de las partes, y el clausulado o pactos específicos. En cuanto a las estipulaciones, previó tres, relativas al monto del mismo y al señalamiento de cual sería el nuevo importe contractual; al objeto del convenio; y a la declaración general, de que salvo las modificaciones contenidas en él, el contrato seguía vigente en todas las demás. También se incluyó el modelo correspondiente al Contrato de servicios relacionados con la obra pública, que fue idéntico al de obras, con las adecuaciones propias al tipo de contrato.

El "Instructivo para el manejo del Modelo de Convenio Adicional de Modificaciones al Contrato de Obra Pública a base de Precios Unitarios para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal", al igual que el convenio mismo, estuvo integrado por apartados dedicados al llenado del encabezado, las declaraciones, y las cláusulas. Igualmente se incluyó un instructivo para el convenio del contrato de servicios relacionados con la obra pública, que fue idéntico, pero con las adecuaciones pertinentes.

También incluyó el "Modelo de Acuerdo Modificatorio del Contrato de Obra Pública a Base de Precios Unitarios" y su Instructivo. El Acuerdo se conformó con tres apartados dedicados a: encabezado, antecedentes del contrato y modificaciones hechas al mismo, el acuerdo en sí mismo, el cual, se constriñó a tres fracciones, en las que se acordó, la modificación, el monto de la modificación y como afectaba al monto total contratado, y que con excepción de lo señalado el contrato de que se tratara continuaba vigente en todas sus demás cláusulas.

El instructivo de este modelo de acuerdo contuvo lo atinente al llenado de todas y cada una de sus partes. Así mismo, se incluyó el "Modelo de Acuerdo Modificatorio, del Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública". Tanto el Modelo como su instructivo resultan idénticos a los anteriores, pero referidos al contrato de que se trataba.

Por último, incluyó el "Modelo de Oficio de Autorización para el Ajuste de Precios Unitarios" y su Instructivo. El modelo de oficio señalaba que en atención a una solicitud del contratista, en la que indicaba un porcentaje determinado de incremento, para los trabajos aun no ejecutados del contrato de que se tratara, el ente contratante determinaba que debido a la inexistencia de atrasos en la ejecución de los trabajos conforme al programa vigente, se autorizaba un porcentaje de ajuste a los costos que debía aplicarse a estos, sin modificarlos, señalando el monto que ello importaba y se indicaba que el contratista quedaba obligada a la ampliación de la garantía de cumplimiento correspondiente en la misma proporción en que se autorizaba el ajuste de los costos, otorgándole un plazo de veinte días hábiles para cumplir tal requisito.

Posteriormente, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió el Acuerdo por el que aprobó la sección 5 de las reglas generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la administración pública federal, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de octubre de 1982. Esta sección se denominó "lineamientos para la integración de precios unitarios y el procedimiento para el ajuste de los mismos." En el apartado de considerando el acuerdo señaló que atendiendo a la urgencia de adecuar las disposiciones administrativas que regulaban la contratación y ejecución de las obras públicas, la citada dependencia había considerado conveniente que entraran en vigor las secciones que integraban las normas conforme se fueran aprobando.

El primer punto del acuerdo aprobó la citada sección 5, el segundo señaló la obligación para las dependencias y entidades de la administración pública federal de ajustarse a las mismas y el tercer punto que dicha dependencia efectuaría los trámites necesarios para la publicación en el Diario Oficial de la Federación de las secciones que integrarían las reglas generales. Sin que dicha publicación contuviera ninguno de los incisos que conformarían la sección en cita.

Un día después del acuerdo a que se hace referencia en el párrafo que antecede, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, publicó el Inciso 5.9 de las Reglas Generales que vengo comentando, dicho inciso fue la última parte de la Sección 5, que se denominó "Lineamientos para la Integración de Precios Unitarios y el

Procedimiento para el Ajuste de los mismos.” Y como se indicó fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de octubre de 1982.

El inciso 5.9, se denominó “Del procedimiento para el ajuste del costo de las obras públicas o de los servicios relacionados con las mismas, cuando los precios de los materiales, salarios, equipos y demás factores que integran dicho costo, sufran variaciones originadas por incrementos o decrementos.” La regulación de los ajustes de costos reglamentados, se integró con doce reglas, de la 5.9.1., a la 5.9.12., en las que determinó que los entes estatales, a solicitud del contratista, en los casos que fuera procedente, ajustaría los costos de los distintos tipos de contratos y convenios; que los precios unitarios originalmente pactados deberían permanecer fijos hasta la terminación de los trabajos y que el ajuste debería hacerse globalmente, conforme a tres procedimientos: en el primero, se debía determinar un factor considerando las variaciones de los insumos, conforme a los relativos de o índices de insumos correspondientes; en el segundo, debían efectuarse determinando ajustes para cada concepto, también con base en los relativos o índices de precios; y en el tercero estableciendo un porcentaje de incremento que hubieran sufrido los insumos cuando el volumen de aquellos pudiera ser determinable. La regla indica que la aplicación debía efectuarse en los tres casos al importe de cada estimación o liquidación valorizada con los precios unitarios originalmente pactados en el contrato.

Se estableció que la base para el cálculo del ajuste, debía fijarse en los concursos y que los incrementos o decrementos debían calcularse con base en la diferencia que arrojaran los relativos o índices de precios de la fecha de la revisión, respecto de los relativos o índices correspondientes a la fecha de celebración del contrato. Se obligó a la Secretaría a determinar y publicar periódicamente los relativos o índices, señalando que cuando no se dispusiera de estos, los órganos estatales estaban en libertad de hacer una investigación de mercado para determinar los que requirieran.

Se instauró una fórmula general para efectuar el ajuste de los costos, cuyo resultado era un factor de ajuste, que debía aplicarse a los precios originalmente pactados en cada contrato; así mismo, esta regla proporcionó una fórmula desarrollada para efecto de facilitar su aplicación; se determinó que los entes estatales quedaban en libertad de adicionar o sustraer sumandos conforme a los diversos cargos que en cada caso

conformaban los precios unitarios de un contrato; y estaban obligados a calcular los porcentajes de participación de los cargos que intervenían en cada obra, considerando las de la misma naturaleza, ya ejecutadas por ellas, o bien, determinar esto de los datos proporcionados por la empresa contratista en el procedimiento de concurso.

En el caso de obras tipo o tipificadas, cada órgano del estado, quedó obligado a informar en las convocatorias de los concursos, el porcentaje de participación que tuvieran los insumos que intervenían en la integración de los precios unitarios, y sólo las que carecieran de datos estadísticos propios y confiables, deberían realizar el cálculo con base en los programas, en las cantidades de trabajo, y los análisis de precios unitarios, de la propuesta del participante, a quien se hubiera adjudicado el contrato, usando los conceptos más importantes, cuyo importe sumara como mínimo el setenta y cinco por ciento del monto de los trabajos contratados. En el primer caso, se debían informar de tal circunstancia a la Secretaría, poniendo a su disposición todos los antecedentes de los cálculos. En los casos de celebración de convenios adicionales de modificaciones, que implicaran cambios en la participación de los insumos, los entes estatales, estaban obligados a calcular los nuevos valores conjuntamente con la empresa contratista. Dichos cálculos debían permanecer en poder de aquellas y a disposición de la Secretaría.

Posteriormente, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, autorizó y publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de julio de 1983, las "Reglas Generales numeradas de la 5.1. a la 5.8., de la Sección 5 denominada Lineamientos para la integración de precios unitarios y del procedimiento para el ajuste de los mismos, relativos a la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal."

El inciso 5.1., se tituló "Generalidades" y estuvo integrado por cinco reglas de la 5.1.1., a la 5.1.5., en ellas se determinó que los precios unitarios, que formaban parte de los contratos, convenios o acuerdos para la ejecución de obras públicas, debían integrarse conforme a lo previsto en esos lineamientos, la Ley y su Reglamento; que la integración de los precios unitarios para un trabajo determinado, debían guardar concordancia con los procedimientos constructivos, con los programas de trabajo, de utilización de maquinaria y equipo, con los costos de los materiales; en la época y en la zona de ejecución de los trabajos, todo ello de conformidad con las normas y especificaciones de construcción

emitidas del órgano estatal contratante; que la enumeración de cargos considerados en las reglas tenía como finalidad el cubrir de la manera más amplia posible las opciones de cargos a aplicar, pero en la integración de cada precio sólo debían considerarse los que fueran procedentes; que los precios debían expresarse en moneda nacional y utilizando unidades de medida del sistema métrico decimal, y sólo por excepción otras diferentes; finalmente, que el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios de conceptos de trabajo no previstos en el catálogo original del contrato, para los cuales se careciera de elementos para su determinación, y no fuera factible el uso de los datos básicos de costo, de los precios unitarios existentes y tampoco se contara con datos de costo suficientes para su integración, deberían ser determinados mediante observación directa de los costos de materiales, mano de obra y equipo que en su caso se requirieran para su ejecución, y que en cuanto a los costos indirectos y la utilidad estos debían determinarse de común acuerdo entre las partes, sin que fuera posible exceder el porcentaje considerado en la propuesta original del concurso.

El inciso 5.2., denominado “Definición de Términos”, estuvo integrado por siete reglas de la 5.2.1 a la 5.2.7, en las cuales se definieron los conceptos de norma de obra pública, especificación, concepto de trabajo, unidad de medida, precio unitario, estimación, y liquidación; por su parte, el inciso 5.3., titulado “Cargos que Integran un Precio Unitario” se conformó con dos reglas la 5.3.1., y la 5.3.2., la primera de ellas determinó que un precio unitario se integraba con la suma de todos los cargos directos e indirectos correspondientes a un concepto de trabajo, el cargo por la utilidad y los cargos adicionales estipulados; por su parte la segunda definió los cargos directos, los cargos indirectos, cargos por utilidad y los cargos adicionales.

El inciso 5.4., se llamó “Cargos Directos”, estuvo integrado por un total de cinco reglas que a su vez se subdividieron en otras más dependiendo del cargo de que se tratara. En ellas se trató lo atinente al cargo directo por mano de obra; los cargos directos por materiales, distinguiendo entre permanentes y temporales, así como los materiales producidos en obra; el cargo directo por maquinaria y distinguió entre cargos fijos y cargos y por consumos; el cargo directo por herramienta distinguiendo entre los cargos por herramienta de mano y los cargos por máquinas-herramienta; y el cargo directo por equipo de seguridad.

Los incisos 5.5., 5.6., 5.7., y 5.8., trataron de Los “Cargos por Instalaciones”, “Cargos Indirectos”, “Cargo por Utilidad”, y “Cargos Adicionales”, definiéndolos y estableciendo, los conceptos que cada uno incluía y la forma de calcularlos.

2.10.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 134 DE 1982.

Como una consecuencia del postulado político esgrimido por el entonces candidato a la Presidencia de la República, quien al ser candidato único al cargo, después ocupó el mismo, Miguel de la Madrid Hurtado, “La renovación moral de la sociedad”, se propuso la modificación del Título Cuarto de la Constitución y a los artículos 22, 73, 74, 76, 94, 97, 127 y 134 de la misma Carta Magna, a efecto de transparentar y hacer más eficaz y eficiente el gasto gubernamental en materia de algunos contratos administrativos en lo particular.

En la opinión de Fernández Ruiz²⁶² “La reforma y adición del artículo 134 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1982 no tiene, para el contrato de obra pública, la relevancia que se advierte respecto de los contratos de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles del sector público, porque la subasta obligatoria del primero ya estaba dispuesta en el texto original del artículo cuya reforma obliga a licitar –ya no a subastar– uno y otros.” Sin embargo, yo no comparto esa opinión, en razón de que fue con motivo de esa reforma y de la que creó el capítulo económico de la constitución, que se modificó posteriormente la legislación en materia de obras públicas, dando al contrato motivo de este trabajo la estructura y fisonomía con que hoy en día se le conoce en nuestro país, como veremos más adelante.

En la exposición de motivos correspondiente a la iniciativa de reformas al Título Cuarto y a los artículos 22, 73, 74, 76, 94, 97, 127 y 134,²⁶³ se expresó que las leyes vigentes habían sido desbordadas por la realidad y ya no ofrecían bases sólidas para prevenir y combatir la corrupción, y por ello era necesario iniciar por la renovación de leyes e instituciones; que esa iniciativa de reformas constitucionales y legales, eran un primer paso para renovar moralmente la sociedad y el gobierno; que en ella se proponía avanzar

²⁶² Fernández Ruiz, Jorge, Op Cit., Pág. 250.

²⁶³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Compilación de las Constituciones de los Estados de la República, Diario Oficial de la Federación, 15 de julio de 1996, Pág. 36.

en el tratamiento a que estaban sujetos los servidores públicos y que las bases constitucionales, entonces vigentes, eran insuficientes; que servir en puestos públicos y simultáneamente tener negocios cuya actividad se funda en relaciones económicas con el gobierno, era inmoral.

El nuevo texto del artículo 134 constitucional quedó como sigue:

“Art. 134.- Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

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

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

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.”

Como se desprende de la simple lectura del artículo constitucional en cita, y de lo expresado en la exposición de motivos, la razón de ser del cambio fue que los recursos públicos asignados y ejercidos por todos los integrantes del gobierno federal, entre los que habrá de incluir a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como a los organismos con autonomía constitucional, o sea, cualquier órgano del estado, en ejercicio de la función administrativa, considerada ésta desde el punto de vista material u objetivo, fueran gastados bajo los principio de eficiencia, eficacia y honradez, esto es, bajo procedimientos claros y transparentes que impidieran el desvío de los mismos con motivo de actos de corrupción.

Así el segundo párrafo del precepto en comento, establece que la norma general para la adjudicación de algunos contratos administrativos, entre ellos, el de obra pública, sea la

licitación pública, de la que nos ocuparemos más adelante; el tercer párrafo determina la posibilidad de que las leyes secundarias determinen las excepciones a este principio, mediante bases y procedimientos cuando el citado procedimiento no resulte idóneo para el fin perseguido por la norma, que es asegurar al estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Pero puntualiza que, en los casos de excepción, ha de acreditarse la existencia razones de economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez, que aseguren a los entes estatales las mejores condiciones.

El cuarto párrafo del precepto establece la obligación de que el manejo de los recursos públicos federales quede sujeto a las bases establecidas por el propio precepto, por ello el siguiente párrafo, señala que todos los servidores públicos tienen la responsabilidad de dar cumplimiento a lo determinado por la norma constitución en comento, bajo la pena de que si no lo hicieren se les aplicarían responsabilidades en los términos del título cuarto de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que hace a la existencia de excepciones al procedimiento de licitación pública, el actual artículo 134 constitucional señala la posibilidad de que sean reglamentadas por las leyes secundarias, esto contrario a lo que acontecía con el anterior texto constitucional, que fue omiso en ese sentido, por tanto, la reglamentación de excepciones, que hicieron la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas y la original Ley de Obras Públicas, resultó inconstitucional, en razón de que dichas normas secundarias fueron más allá de lo previsto por la norma constitucional.

Así parece confirmarlo el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que ésta al analizar el antiguo texto, determinó que sólo procedían dos formas de ejecutar obras públicas, la primera mediante contrato asignado a los particulares por el procedimiento de subasta pública, o bien, con recursos propios, esto es, lo determinado por la Ley de Obras Públicas como obras por administración directa, por tanto, la regulación de excepciones a dicho procedimiento, en apego al principio de legalidad, previsto por la propia constitución en su artículo 14 primer párrafo, excedió lo previsto por la Carta Magna, de conformidad con la tesis que a continuación reproduzco:

“OBRAS PÚBLICAS, NO TODAS TIENEN QUE ADJUDICARSE EN SUBASTA. El artículo 134 de la Constitución Federal, no ordena que todas las obras que emprenda el gobierno, deban adjudicarse en subasta a los particulares, sino que cuando dicho gobierno no se encargue de su ejecución, las contrate con particulares mediante subasta pública.

Tomo LXXVIII, p, 513. Amparo administrativo en revisión 1,092/43.- Serrano, Ignacio y Coags.- 6 de octubre de 1943.- Unanimidad de 5 votos.”

Sin lugar a dudas, la reforma del precepto constitucional ya comentado, sumada a las reformas constitucionales que en el año de 1983, el mismo Presidente Miguel de la Madrid Hurtado, promovió para crear un capítulo económico en la constitución, al que ya nos referimos en el primer capítulo de este trabajo, son la guía que determinó los cambios que inmediatamente después sufrió la legislación en materia de obra pública.

2.11.- LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO, POSTERIORES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1982 Y 1983.

Durante los trece años que estuvo vigente, los cuales corrieron del 1º de enero de 1980, al 31 de diciembre de 1993, la Ley de Obras Públicas fue derogada, reformada y adicionada en siete ocasiones. En los siguientes puntos haré referencia a dichas modificaciones, así como a lo establecido por las normas reglamentarias en razón de lo determinado por las primeras.

2.11.1.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1982.

La primera reforma al ordenamiento que nos ocupa acaeció cuando ésta tenía escasamente un año de vigencia. Estuvo contenida en la Ley que reforma, adiciona y deroga, diversas disposiciones en materia fiscal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 31 de diciembre de 1981. En su artículo Trigésimo, derogó el último párrafo del artículo 21 de la Ley de Obras Públicas, que señalaba la obligación de pago de derechos por la inscripción y revalidación del registro de contratista en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y también derogó el artículo 49 de la Ley en comento que establecía la obligación de los contratistas de pagar el 5 al millar por cada estimación

2.11.3.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1984.

La ley que nos ocupa fue reformada por tercera vez mediante Decreto que reforma, adiciona y deroga la Ley de Obras Públicas, emitido 18 de diciembre de 1984, y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 31 de diciembre de 1984, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1985. En esta ocasión la reforma fue respecto de siete artículos, e incluyó la inserción de dos nuevos, siendo estos, el 6º bis, que fue insertado, el 19, el 20 bis también insertado, el 21, 22, 25, y 64. En esencia el motivo de la reforma fue mejorar el funcionamiento del Padrón de Contratistas de Obra Pública y establecer mecanismos de simplificación y descentralización administrativa en las acciones tendientes a su aplicación, con lo que se pretendió dar mayor transparencia y agilidad en la toma de decisiones en esa materia, evitando la excesiva centralización de las mismas.

2.11.4.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1985.

Una cuarta reforma a la Ley estuvo contenida en el artículo Décimo del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1985, y consistió en adicionar un párrafo a la fracción IV del artículo 13, para establecer como obligación de las dependencias y entidades de la Administración Pública que al efectuar la planeación de las obras públicas deberían prever y considerar que tratándose de la edificación de vivienda de interés social, se procurara que en su construcción se utilizaran preferentemente, módulos, sistemas y componentes industrializados.

2.11.5.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1986.

Prácticamente un año después, con el artículo Primero del Decreto de fecha 29 de diciembre de 1985, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 13 de enero de 1986.

De nueva cuenta, la Ley de Obras Públicas fue adicionada y reformada, esta vez en sólo dos artículos, el 29 bis, de nueva creación y el 36, que fue adicionado con otro párrafo para quedar conformado por seis. En el primero se estableció que tanto la administración pública como sus contratistas, eran responsables de observar las disposiciones que en materia de construcción, rigieran en ámbito local y municipal, así como, con los requisitos

técnicos, que deberían observarse en su ejecución, incluyendo los de seguridad, que serían establecidos en el Reglamento de la Ley; y que en el segundo determinó que la resolución que contuviera el fallo de las licitaciones y los dictámenes de adjudicación directa, que no cumplieran con los requisitos establecidos en la ley, serían nulos de pleno derecho.

2.11.6.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1985.

Con fecha doce de febrero de 1985, fue emitido el Segundo Reglamento de la Ley de Obras Públicas, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 13 de febrero de 1985, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, según lo dispuso su artículo Primero Transitorio. El Segundo Transitorio dispuso que quedaba abrogado el Reglamento de la Ley de Obras Públicas del 3 de septiembre de 1981, así como todas las disposiciones que se opusieran al mismo; asimismo, en el Tercero, se determinó que en tanto eran expedidas las demás disposiciones administrativas que para la observación de la Ley y el Reglamento deberían observarse en la contratación y ejecución de obras públicas, se continuarían aplicando las normas administrativas expedidas con anterioridad en todo lo que no se opusieran al nuevo reglamento.

Cabe comentar que este Reglamento estuvo vigente hasta el 20 de agosto de 2001, fecha en que fue publicado el reglamento de la ley actual, por tanto, tuvo una vigencia de dieciséis años, que se prolongó más allá de la vigencia de la ley que le dio origen, y de la que la sucedió, llegando hasta la actual.

En el Considerando del Decreto promulgatorio, se expuso que las reformas a la Ley de fechas 28 de diciembre de 1983 y 31 de diciembre de 1984, ya comentadas, tuvieron por objeto adecuarla a los principios establecidos en el artículo 134 constitucional y que por ello resultaba indispensable su adecuada interpretación y cumplimiento lo cual era de la responsabilidad del poder ejecutivo, por lo que se dio a la tarea de recoger las opiniones de los sectores involucrados y de las dependencias y entidades responsables de su ejecución, por lo que el Reglamento era resultado de un proceso exhaustivo de consulta, análisis de opiniones y propuestas que en opinión de su emisor respondían cabal y congruentemente a las disposiciones de la Ley.

El instrumento legal en comento estuvo conformado por 59 artículos, subdivididos en cinco Capítulos, el I, estuvo dedicado a las “Disposiciones Generales”, el II, “De la Planeación, Programación y Presupuestación de las Obras Públicas”, el III, “Del Padrón de Contratistas”, el IV, se denominó “De la Contratación y Ejecución de la Obra” y el V, “De los Servicios Relacionados con la Obra Pública”.

El Capítulo I, se conformó por cinco artículos que establecieron: las referencias terminológicas mínimas; la obligatoriedad de su cumplimiento; respecto del concepto de obra pública, pormenorizó cuales eran los trabajos tendientes a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios y explotar y desarrollar los recursos naturales del país; e incluyó en su ámbito de aplicación las adquisiciones de bienes muebles cuando ello incluyera su instalación, montaje, colocación o aplicación, además de los trabajos de conservación y mantenimiento de los mismos.

El Capítulo II, puntualizó algunos aspectos del proceso administrativo público en sus fases de planeación, programación y presupuestación, ya en concordancia con el Sistema Nacional de Planeación Democrática, establecido en la Constitución debido a la reforma de 1983, como ya se ha comentado.

El Capítulo III relativo al padrón de contratistas, reguló el procedimiento de inscripción al mismo; estableció que serían considerados contratistas todos los inscritos en el padrón o los exentos de ello, que contrataran obra pública; prohibió requerir otro tipo de registros, normó la cancelación o suspensión de registros; obligó a publicar en agosto de cada año el listado de personas registradas e informar bimestralmente de las nuevas inscripciones, cancelaciones y suspensiones; reguló el procedimiento para participar en licitaciones, cuando el registro estuviera en trámite y el derecho de los contratistas para solicitar cambios en su registro; y estableció el procedimiento a seguir en los casos de negación de la inscripción o para la suspensión o cancelación del registro, además de reiterar la razón de ser del padrón.

El Capítulo IV, trató lo atinente a la contratación y ejecución de las obras, regulando todo lo relativo al otorgamiento de las garantías de seriedad de la proposición; de anticipo y cumplimiento de contrato; el procedimiento de concurso o licitación; pasando por los requisitos de la convocatoria, los de las bases de la licitación, la inscripción a los

concursos, cual debía ser el contenido de las propuestas, la celebración del acto de presentación y apertura de propuestas, el análisis de las propuestas, la formulación del dictamen que serviría de base para la emisión del fallo, la emisión de éste.

También reguló lo relativo a la celebración del contrato, los casos en que una y otra parte no lo formalizaran, señaló algunos aspectos fundamentales del contenido de los contratos, prohibió la cesión de derechos respecto de éstos y la subcontratación; definió al precio unitario y al precio alzado; estableció plazos para el pago de anticipos, estimaciones y ajustes de costos y estableció el pago de gastos financieros en caso de atraso en los pagos, igualmente, el plazo máximo para formular estimaciones y el procedimiento a seguir para su autorización y pago.

En cuanto a la etapa de ejecución de las obras, ahora sí, se reguló debidamente la facultad de dirección y control de las obras públicas, ya que en este capítulo se señaló que era obligatorio el establecimiento de la residencia de supervisión antes del inicio de los trabajos, que la misma sería responsable directa de ejercer la supervisión, la vigilancia, el control y la revisión de los trabajos, y que tendría la representación directa del ente contratante ante el o los contratistas y terceros en asuntos relacionados con la ejecución de los trabajos o derivados de ellos, en el lugar donde se ejecutaban las obras, y estableció que las obligaciones mínimas de los residentes de supervisión de obra; así mismo, determinó que el contratista era el único responsable de la ejecución de los trabajos, que una vez terminados estos y efectuada la constatación se debía levantar acta en la que costara el hecho y estableció los requisitos con que debía cumplir ésta, y señaló a quienes debía invitarse a la celebración del evento.

Por lo que hace a la teoría de la imprevisión en su vertiente de mayores costos o ajuste de costos, estableció tres procedimientos, y los presupuestos generales aplicables a éstos para su procedencia. Respecto de los casos de suspensión de la obra o la rescisión del contrato por causas no imputables al contratista, se estableció como obligación de los entes gubernamentales la obligación de indemnizar al contratista, y tocante a la rescisión administrativa de los contratos, por causa imputable al contratista, se ordenó levantar un acta circunstanciada en la que se hiciera constar la recepción de los trabajos en el estado en que se encontraban, sin señalar el momento procesal oportuno.

Respecto de la ejecución de obras por administración directa, se enfatizó que esta modalidad de ejecución debía ser sin la intervención de contratistas, se indicaron los requisitos para optar por esa modalidad y se fijaron los requisitos mínimos que debían cumplir los acuerdos que las ordenaban y se indicó que también las obras por administración directa, podían ser suspendidas total o parcialmente, y temporal o definitivamente, siempre que mediaran razones de interés general o cualquier otra causa justificada..

En los casos en que existieran observaciones formuladas por la Secretaría o las dependencias coordinadoras de sector, por incumplimiento de las disposiciones de la ley o el reglamento, que no hubiesen sido atendidas, los órganos del estado por sí o por orden de la primera, quedaron facultadas para suspender las obras ejecutadas bajo la modalidad de administración directa o proceder la rescisión administrativa de los contratos.

El capítulo V, y último del Reglamento, estuvo integrado por un sólo artículo el 59, el cual estableció la obligación para las dependencias y entidades de formular un dictamen técnico en los casos de adjudicación directa de servicios relacionados con la obra pública y se mencionaron los requisitos mínimos que debía reunir dicho documento.

2.11.7.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1988.

La sexta reforma a la Ley de Obras Públicas, estuvo contenida en el Decreto de fecha 21 de diciembre de 1987, que reformó las Leyes de Obras Públicas, de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles; General de Bienes Nacionales y General de Deuda Pública, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1988, y se refirió básicamente a enfatizar la forma de aplicación de esta norma en las llamadas entidades paraestatales, incluidos los fideicomisos con motivo de la expedición y entrada en vigor la Ley Federal de Entidades Paraestatales, así como, el establecimiento de un procedimiento de inconformidades en contra de los fallos emitidos en los procedimientos de licitación o concursos y reformó, adicionó y derogó un total de 25 artículos, siendo estos los siguientes: 1º, 3º, 6º, 6 bis, 10, 13, fracción V, 14, 29, 34, 38, 41, 42, 44, 47, 51, 52, 56, 58 bis, 59, 61, 65, 65 bis, 71, y 73.

Las reformas y adiciones establecieron, entre otras cosas: que la norma era aplicable a las entidades paraestatales; que los órganos de gobierno de éstas debían emitir un documento denominado, "Políticas Bases y Lineamientos para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas", la inconstitucionalidad de este tipo de documentos ya fue comentada y se debe al ejercicio indebido de la facultad reglamentaria; se estableció que era facultad de la Secretaría la emisión de disposiciones administrativas para la contratación y ejecución de las obras; que las entidades debían emitir lineamientos, que debían adaptar en materia de simplificación y desconcentración administrativas; se eliminó la obligación de formular inventario de maquinaria y equipo de construcción a cargo de los entes estatales; se estableció el procedimiento a seguir para aprobar los presupuestos y programas de obras de los órganos estatales; que para realizar una obra ésta debía estar incluida en el programa de inversiones respectivo; que los órganos de gobierno de las entidades, establecerían las bases y porcentajes a que se sujetarían las garantías; que contra el fallo de las licitaciones quedaba sujeto a procedimiento de inconformidad y se normó dicho procedimiento.

Se enfatizó la obligación de los titulares de los entes estatales de notificar a la autoridad correspondiente de la celebración de convenios; que los órganos de gobierno de las entidades quedan obligados a designar a los servidores públicos responsables de ordenar la suspensión total o parcial de las obras; que los órganos del estado estaban obligados a informar de la suspensión o rescisión de las obras a la autoridad correspondiente, al igual que de la terminación de los trabajos.

Erróneamente se eliminó la obligación de informar periódicamente de los avances físico financiero de los trabajos; se eliminó como causal de adjudicación directa la urgencia de ejecutar los trabajos; se estableció que debía existir coordinación entre las dependencias respecto de la información requerida a las entidades; se estableció que éstas últimas estaban obligadas a controlar todas las fases de las obras públicas que tuvieran a su cargo; se eliminó la facultad de las dependencias coordinadoras de sector para realizar visitas e inspecciones; se enfatizó que el incumplimiento de la ley podía dar lugar a responsabilidades de tipo administrativo; y se modificó el procedimiento de sustanciación del recurso administrativo de revocación.

2.11.8.- REFORMA AL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1990.

Antes que se dictara la última reforma a la Ley de Obras Públicas, el ejecutivo federal mediante Decreto de fecha 3 de enero de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 9 de enero de 1990, reformó el Reglamento de la Ley de Obras Públicas, haciéndole lo que podría llamarse una cirugía mayor, toda vez que la reforma comprendió un total de 39 artículos, lo cual implicó cambios en más del sesenta y cinco por ciento de los numerales dedicados a hacer factible la aplicación de la ley, especialmente por todas las reformas que había sufrido, por lo que en muchos casos las reformas consistieron en excluir de la redacción a las entidades, en razón de que éstas contarían con documentos normativos propios.

El Capítulo I, fue reformado con el propósito de establecer cual sería el contenido de las políticas, bases y lineamientos en materia de obra pública, que debían emitir los órganos de gobierno de las entidades paraestatales; para establecer que el indebido ejercicio de la facultad reglamentaria por parte de la Secretaría sería hecho del conocimiento de los entes estatales y que sólo cuando se refirieran a la contratación y ejecución serían publicadas en el Diario Oficial de la Federación; y señalar en que podían consistir las normas que en materia de contratación y ejecución podía emitir la Secretaría.

Por su parte, el Capítulo II, fue reformado a efecto de hacer congruente y aplicable, lo señalado en la ley, respecto del Sistema Nacional de Planeación Democrática, refiriéndose también a otros aspectos puntuales como la elaboración de estudios de factibilidad; que en esta etapa también debían considerarse las obras por administración directa; que para realizar obras era necesario verificar previamente la existencia de partida presupuestal, la cual serviría de base para establecer el monto del anticipo a otorgar.

El Capítulo III, fue reformado para modificar los requisitos para la obtención del registro en el padrón de contratistas; del procedimiento para negar la inscripción; y se estableció una excepción al principio de que sólo quienes estuviesen inscritos en el citado padrón podían contratar obra pública.

El Capítulo IV, relativo a la Contratación y Ejecución de las obras, fue reformado a efecto de establecer que para garantizar la seriedad de las proposiciones también se podía otorgar fianza; establecer la forma y términos en que debían ser otorgadas las garantías de anticipo y de cumplimiento de contrato; se normaron los requisitos que debían cumplir los contratistas para acreditar sus capacidades en los procedimientos de licitación con recursos fiscales y en los financiados con créditos externos serían determinados casuísticamente por la Secretaría; se estableció que era facultad de los entes estatales establecer los plazos para la substanciación de las licitaciones por invitación directa, y que quienes aceptaran participar en ellos estaban obligados a hacerlo; se modificaron algunos de los requisitos que debían cumplir los pliegos de condiciones o bases de licitación, al igual que los requisitos que debían cumplir las propuestas de los participantes; se señaló que a las licitaciones sólo debían ser invitados quienes debieran intervenir conforme a sus atribuciones; se reguló con mayor detenimiento la etapa de análisis de las proposiciones estableciendo una etapa preparatoria para efectuar el análisis comparativo y otra a los aspectos preparatorios para emitir el fallo, que incluyó la elaboración del dictamen.

Igualmente, se señaló que el programa de ejecución de los trabajos que debían ser entregado a la firma del contrato; se estableció con mayor detalle los requisitos mínimos con que debían cumplir los contratos; se mejoró la redacción del concepto de precio alzado; se enfatizó que los servidores públicos de las áreas técnicas y administrativas eran responsables directos de que los pagos a los contratistas se efectuaran en los plazos establecidos; que el pago de gastos financieros procedía por atraso en los pagos y que procedía el cobro de intereses por pagos recibidos en exceso.

Respecto de las obligaciones de los residentes de supervisión, se establecieron los aspectos que debía cumplir el informe final de la obra; que la recepción de las obras debía efectuarse en los plazos legalmente establecidos y que debía notificarse del evento a la Contraloría previamente; se estableció un término perentorio para que los contratistas solicitaran la revisión de los costos para efecto del ajuste de los mismos, el cual sería procedente desde la fecha en que se hubiera producido el incremento o decremento; se modificó la estructura de los precios unitarios al incluir en los costos indirectos en sentido amplio el costo por financiamiento.

El Capítulo IV, relativo a la Contratación y Ejecución de las obras, fue reformado a efecto de establecer que para garantizar la seriedad de las proposiciones también se podía otorgar fianza; establecer la forma y términos en que debían ser otorgadas las garantías de anticipo y de cumplimiento de contrato; se normaron los requisitos que debían cumplir los contratistas para acreditar sus capacidades en los procedimientos de licitación con recursos fiscales y en los financiados con créditos externos serían determinados casuísticamente por la Secretaría; se estableció que era facultad de los entes estatales establecer los plazos para la substanciación de las licitaciones por invitación directa, y que quienes aceptaran participar en ellos estaban obligados a hacerlo; se modificaron algunos de los requisitos que debían cumplir los pliegos de condiciones o bases de licitación, al igual que los requisitos que debían cumplir las propuestas de los participantes; se señaló que a las licitaciones sólo debían ser invitados quienes debieran intervenir conforme a sus atribuciones; se reguló con mayor detenimiento la etapa de análisis de las proposiciones estableciendo una etapa preparatoria para efectuar el análisis comparativo y otra a los aspectos preparatorios para emitir el fallo, que incluyó la elaboración del dictamen.

Igualmente, se señaló que el programa de ejecución de los trabajos que debían ser entregado a la firma del contrato; se estableció con mayor detalle los requisitos mínimos con que debían cumplir los contratos; se mejoró la redacción del concepto de precio alzado; se enfatizó que los servidores públicos de las áreas técnicas y administrativas eran responsables directos de que los pagos a los contratistas se efectuaran en los plazos establecidos; que el pago de gastos financieros procedía por atraso en los pagos y que procedía el cobro de intereses por pagos recibidos en exceso.

Respecto de las obligaciones de los residentes de supervisión, se establecieron los aspectos que debía cumplir el informe final de la obra; que la recepción de las obras debía efectuarse en los plazos legalmente establecidos y que debía notificarse del evento a la Contraloría previamente; se estableció un término perentorio para que los contratistas solicitaran la revisión de los costos para efecto del ajuste de los mismos, el cual sería procedente desde la fecha en que se hubiera producido el incremento o decremento; se modificó la estructura de los precios unitarios al incluir en los costos indirectos en sentido amplio el costo por financiamiento.

Se regularon los procedimientos en los casos de suspensión de las obras y rescisión administrativa de los contratos, por causas imputables y no imputables al contratista, estableciéndose el derecho de éstos a inconformarse por los actos derivados de dichos procedimientos; se hizo obligatorio el levantamiento de acta circunstanciada en los casos de suspensión definitiva de las obras y por rescisión de contrato; y se reiteró la facultad de los entes estatales de suspender las obras o proceder a la rescisión administrativa de los contratos, en los casos de observaciones no cumplidas, hechas por la Secretaría o la Contraloría.

La reforma creó un Capítulo V en el reglamento, intitulado “De las Obras por Administración Directa” en el cual se establecieron los requisitos a cumplir para ejecutar obras bajo esa modalidad; los requisitos necesarios para elaborar los programas de ejecución de este tipo de obras; y estableció los términos y requisitos a cumplir para formular los presupuestos a ejercer mediante esta forma de gestión.

La reforma convirtió al Capítulo V “De los Servicios Relacionados con la Obra Pública” en el Capítulo VI, con el mismo título, en el cual se dispuso que éstos sólo podrían ser contratados cuando los entes estatales no dispusieran cuantitativa y cualitativamente de los recursos necesarios para su realización, estableció un concepto de ellos y una descripción detallada de las actividades que debían incluirse en el mismo; y estableció los anexos que debían incluirse en los contratos de servicios relacionados con la obra pública.

2.11.9.- REFORMA A LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS DE 1991.

La séptima y última reforma a la Ley de Obras Públicas, estuvo contenida en el Decreto de fecha 11 de julio de 1991, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 del mismo mes y año, la cual tuvo por objeto reformar y derogar algunas disposiciones en un total de once artículos.

Del análisis de esta reforma en términos generales pude afirmarse que tuvo por objeto hacer algunas modificaciones cuya finalidad fue resolver algunos problemas funcionales de la misma, como lo fue la aplicación supletoria del actual Código Civil Federal y del Código Federal de Procedimientos Civiles, que no es la solución más conveniente ya que

como lo sostiene el Maestro Andrés Serra Rojas²⁶⁴, en el derecho administrativo, existen situaciones de reenvío a la legislación civil, ente la insuficiencia de la ley administrativa, en donde el legislador debe esforzarse por no apartarse de las instituciones públicas, elaborando un régimen jurídico propio de esta rama del derecho.

La reforma derogó el Capítulo II de la ley para suprimir la existencia del Padrón de Contratistas de Obras Públicas, sobre este sistema de control y acreditación de la capacidad técnica y económica de los contratistas, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado por su existencia.

El primer padrón de este tipo que se estableció en la legislación mexicana fue el denominado Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal creado por Decreto crea el Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 22 de mayo de 1962, de cuya inconstitucionalidad da cuenta el autor Fernández Ruiz²⁶⁵, en su obra ya citada: Posteriormente dicho Padrón se dividió en las materias de obra pública y de adquisiciones, arrendamientos y servicios. El que compete a este trabajo, es decir, en materia de obra pública, fue el establecido por la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, que ulteriormente fue conservado por la Ley de Obras Públicas.

En mi opinión la derogación obedeció la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, Canadá y los Estados Unidos de América, cuyas normas previeron un acceso libre e irrestricto a los procedimientos de licitación pública, sin embargo, la inexistencia de un sistema control de la naturaleza del padrón de contratistas, trae como consecuencia una lenta substanciación de los procedimientos de licitación debido a la necesidad de la revisión de la documentación legal y administrativa de cada contratista en cada procedimiento.

Algunas otras adecuaciones contenidas en la reforma fueron motivadas por la supresión del capítulo ya citado, pero también para eliminar menciones de normas adicionales nunca emitidas, hacer aclaraciones terminológicas, o mejorar la redacción de los artículos. así mismo, reiteró la obligación de cumplir con las normas de construcción de los estados

²⁶⁴ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 642.

²⁶⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 265, a 267.

y municipios; incrementó como requisito de la convocatoria la acreditación la experiencia o capacidad técnica de los contratistas; que en aquellas no podía exigirse el cumplimiento de requisitos no previstos en la ley y el reglamento y se elimina la inscripción a las licitaciones; se puntualiza a nombre de quienes debían otorgarse las fianzas; que el fallo debía otorgarse a quien hubiera presentado la propuesta solvente más baja.

Respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión en su vertiente del ajuste de costos, se eliminó el tope porcentual para su procedencia; para la constatación de terminación de los trabajos y su recepción se estableció que los plazos para ello, debían pactarse en los contratos y se incluyó la recepción ficta de los trabajos; se ampliaron los supuestos de procedencia de las inconformidades; y se enfatizó el poder sancionador de la Secretaría e se incrementó el monto de las sanciones.

2.12.- LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS DE 1993.

Esta norma constituyó el primer esfuerzo codificador en materia de contratos administrativos en razón de que reunió en un cuerpo legal lo que fueron la Ley de Obras Públicas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, mismas que abrogó mediante el artículo segundo de su decreto promulgatorio, de fecha 18 de diciembre de 1993, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993, para entrar en vigor el día 1º de enero de 1994. Esta ley estuvo en vigor escasos seis años, ya que a partir del 4 de marzo de dos mil entró en vigor su sucesora.

Contrario a la intención del legislador, de simplificar y hacer más fácil y sencillo la aplicación de las normas relativas a diversos contratos administrativos, sin duda, este periodo fue el de mayor caos normativo para los contratos que normó, ya que si bien en el artículo Tercero transitorio señaló que se expedirían manuales de procedimientos para la aplicación de ésta ley y dejó en vigor, mientras tanto, a los Reglamentos de las Leyes de Obras Públicas y de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios relacionados con Bienes Muebles, la verdad es que nunca fueron expedidos dichos manuales o reglamentos y debido a algunas innovaciones previstas por esta norma, además por la necesidad de interpretar adecuadamente sus preceptos para su cabal cumplimiento, fueron expedidos

varios Oficios–Circulares con los que indebidamente se ejerció la facultad reglamentaria prevista por la fracción I del artículo 89 constitucional, cuya crítica ya he expresado, sin embargo, en este caso de verdad se dio un uso abusivo de este tipo de documentos, que desde el punto de vista estrictamente jurídico, no crean derechos y obligaciones para los contratistas.

Pasando ya a lo que es el análisis de esta norma, debo decir que en realidad implicó algunos adelantos para efectos del contrato que nos ocupa, en razón de que desde el punto de vista jurídico fue estructurada en forma sistemática y usando un lenguaje más apropiado, aún cuando conservando algunos yerros.

Como comentario general, puede afirmarse que conservó casi intacta la redacción que había logrado la antigua Ley de Obras Públicas, después de siete reformas, al mismo tiempo presentó cambios significativos en el proceso de licitación, que sin duda fueron motivados por la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero a la vez contribuyeron a estructurar estos procedimientos dando como resultado más garantías, transparencia y legalidad, así mismo, en el nuevo ordenamiento se conservó la supresión del citado padrón de contratistas, que fue motivada por las negociaciones que llegaron a su firma, poco tiempo después.

Este ordenamiento se dividió en seis títulos. El Título Primero, estuvo dedicado a las "Disposiciones Generales"; el Título Segundo trató "De la Planeación, Programación y Presupuestación"; el Título Tercero titulado "De los Procedimientos y los Contratos", fue estructurado con cuatro Capítulos. (I "Generalidades", II, "De los Procedimientos y Contratos de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios", III, "De los Procedimientos y Contratos de Obra Pública", y Capítulo IV, "De las Excepciones a la Licitación Pública"); el Título Cuarto trató "De la Información y Verificación"; el Título Quinto "De las Infracciones y Sanciones"; y el Título Sexto "De las Inconformidades y el Recurso", con dos Capítulos, (I, "De las Inconformidades" y II, "Del Recurso de Revocación").

El Título Primero, trató lo concerniente al objeto de la ley, los entes públicos a quien era aplicable, prohibió la creación de fideicomisos, otorgar mandados o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, cuya finalidad fuera evadir el cumplimiento de la ley; estableció que las dependencias y las entidades deberían expedir documentos

denominados políticas, bases y lineamientos en las materias tratadas por la ley, lo cual implicó una violación a la fracción I del Artículo 89 Constitucional, en razón de que dicha facultad es exclusiva del Presidente de la República, como ya ha quedado acreditado.

En cuanto a la dependencia responsable de aplicar esta norma, es decir, de ejercer las funciones normativas de la obra pública en el ámbito de la administración pública federal, es de destacarse que en el año de 1992, por Decreto que deroga, reordena y reforma diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de febrero de 1992, desapareció la Secretaría de Programación y Presupuesto y sus facultades fueron trasladadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Posteriormente, mediante Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de diciembre de 1994, se determinó que las funciones normativas en materia de obra pública pasaran a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy de la Función Pública, por ello, la ley en comento señaló que para efectos de la misma se entendería por Secretaría a la de Hacienda y Crédito Público, y después se observa que fue la de Contraloría y Desarrollo Administrativo quien ejerció dichas funciones, conservándolas hasta la fecha, pero bajo la citada nomenclatura de Secretaría de la Función Pública.

En el capítulo de disposiciones generales, se incluyeron las definiciones de contratista y proveedor, de obra pública en sentido amplio y estricto; que sería aplicable a la obra pública que contrataran los Estados con cargo a recursos federales; que en materia de gasto era aplicable la normatividad presupuestal federal; que los directores de las entidades debía emitir normas en materia de simplificación y descentralización administrativas, y de delegación de facultades; se señaló la aplicación supletoria de la normatividad civil federal; se obligó a la coordinación de obras ejecutadas por varios entes estatales; se estableció la competencia de los tribunales federales para solucionar las controversias surgidas, con motivo de la interpretación o aplicación de la ley; erróneamente, se previó la posibilidad de establecer cláusula arbitral en los contratos administrativos regulados por la ley; y determinó que los actos, contratos y convenios celebrados en contravención de la ley serían nulos de pleno derecho.

En la redacción de los artículos que integraron el Título segundo de la ley, se observa una mayor claridad de los conceptos que derivó en una mayor sistematización de las primeras fases del procedimiento administrativo público, en donde por ejemplo, respecto de la planeación se hace referencia clara y concreta a los documentos que derivan del Sistema Nacional de Planeación Democrática; a lo que es el proceso de programación y presupuestación, señaló los aspectos a considerar en la formulación de los programas anuales de obra pública; se obligaba a considerar los efectos de las obras en el medio ambiente; y a formular estudios de impacto ambiental.

Respecto de la formulación y contratación de estudios o proyectos estableció un sistema de verificación de antecedentes y existencia de otros similares; obligó a publicitar los programas de obra pública, a prever los recursos para el caso de las obras multianuales y obtener una autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su debida planeación, programación y presupuestación.

En el Título Tercero, también se observa mayor sistematización en los procedimientos de adjudicación de los contratos, estableciendo que consisten en licitación pública como norma general, e invitación restringida, en sus vertientes de licitación por invitación directa a cuando menos tres personas y adjudicación directa; obliga a contar con saldo disponible en la partida presupuestal correspondiente para contratar y contar con los estudios, proyectos, normas de construcción, especificaciones técnicas, programa de construcción etc.; las licitaciones públicas se clasificaron en nacionales e internacionales y se estableció que las licitaciones sólo serán convocadas internacionalmente, cuando ello resulte obligatorio en razón de los tratados internacionales que el país tuviera celebrados; estableció el contenido de las convocatorias, las que debían publicarse exclusivamente en el Diario Oficial de la Federación.

También estableció nuevos requisitos a cumplir por los pliegos de condiciones o bases de licitación; se prohibió la calificación de propuestas en base a sistemas de puntos o porcentajes; estableció un plazo máximo para la substanciación de las licitaciones; señaló que todo aquel que satisficiera los requisitos de la convocatoria tendría derecho a participar en la licitación, y que el acceso a toda la información de la licitación debía ser igual para todos; se permitió la modificación de los plazos de la licitación, siempre y cuando ello no tuviera por objeto limitar de modo alguno el número de participantes; las

propuestas debían dividirse en dos aspectos el técnico y el económico, por ello, el acto de presentación y apertura de las proposiciones debía efectuarse en dos pasos; en cuanto al fallo no hubo variaciones, salvo la obligación de hacerlos públicos y señalar que en éstos, debía existir preferencia por los que previeran el usos de recursos nacionales.

Respecto de las garantías de seriedad de las proposiciones, buen uso de los anticipos y cumplimiento de contrato, los titulares de los órganos estatales, a través de las Políticas, Bases y Lineamientos, debían establecer la forma y porcentajes de las mismas; estableció excepciones para la entrega de la garantía de cumplimiento; determinó el plazo para la presentación de las garantías de anticipo y cumplimiento de contrato y para el pago del anticipo; también estableció más de doce hipótesis por las que se prohibió aceptar propuestas o celebrar contratos por razones específicas; y facultó a los entes estatales para rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento por parte de los contratistas o darlos por terminados en forma anticipada cuando concurrieran razones de interés general.

Estableció que la obra pública podría ejecutarse por administración directa o por contrato y que éste podía celebrarse bajo las modalidades de precios unitarios o a precio alzado; en éste último caso prohibió acordar modificaciones en cuanto a monto o plazo y la aplicabilidad del régimen de ajuste de costos; que tratándose de proyectos integrales el contrato debía celebrarse bajo dicha modalidad; determinó cual debía ser el contenido de los contratos; estableció plazo para su formalización; y determinó sanciones por su falta de formalización; prohibió la subcontratación total y ceder en todo o en partes los derechos y obligaciones derivados de los contratos de obra pública; autorizó la subcontratación de partes específicas y la cesión de los derechos de cobro de las estimaciones; normó la forma y términos para el otorgamiento y amortización de los anticipos.

Reguló la potestad de control y dirección de los contratos administrativos, al obligar al establecimiento de la residencia de supervisión con antelación al inicio de los trabajos; señalando que era su responsabilidad directa la supervisión, vigilancia, control, revisión de los trabajos, y aprobación de las estimaciones por trabajos ejecutados presentadas por los contratistas; previó que los trabajos debían iniciarse en la fecha programada; para ello obligó a los entes estatales a poner a disposición del contratista el o los inmuebles en que

debían llevarse a cabo; el incumplimiento de dicha obligación daba derecho a prorrogar, en igual plazo, la fecha originalmente pactada para la terminación de los trabajos.

Estableció el procedimiento para la presentación, autorización y pago de las estimaciones; reguló la revisión de costos reglamentada, debiéndose pactar en los contratos el procedimiento de revisión e indicó que el pago de cuotas compensatorias por suministros importados, no daría lugar a la revisión de los costos, para lo cual previó los tres procedimientos que ya reglamentados; igualmente previó el pago de gastos financieros o de intereses, para los casos de atrasos en el pago de estimaciones y de ajustes de costos, así como, de intereses por pagos recibidos en exceso por los contratistas.

Regló la potestas variandi o principio de mutabilidad de los contratos administrativos, determinando que los entes estatales podían ejercerla en dos supuestos, uno tratándose de modificaciones que no implicaran variaciones sustanciales al proyecto original que podía ser en varias ocasiones si aquellas no rebasaban el veinticinco por ciento del monto o plazo contratado, y el segundo, por vez única, con autorización del titular del órgano estatal cuando excedían el porcentaje o implicaban variaciones sustanciales al proyecto, en ambos casos, la opción debía fundarse en razones fundadas y explícitas, con autorización del citado titular del órgano del estado, debiendo informar de ello a la Secretaría y la Contraloría.

La norma estableció las bases de los procedimientos para la suspensión de las obras y los casos de rescisión administrativa de los contratos: En el primer caso determinó que los titulares de los entes estatales estaban obligados a designar a los servidores públicos facultados para ordenarlas; en el segundo, distinguió entre las causas imputables a cualquiera de las partes, y previó la terminación anticipada para los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor y las razones de interés general.

Respecto de la terminación de los trabajos, el procedimiento para la recepción de éstos fue igual al previsto por su antecesora; igualmente previó el otorgamiento de garantía para el caso de defectos, vicios ocultos o mala calidad en la ejecución de los trabajos, autorizando varias opciones para su otorgamiento; señaló la obligación de los contratistas de observar las disposiciones en materia de construcción que rigieran en los ámbitos

estatal y municipal; regulo la ejecución de obras por administración directa, estableciendo los presupuestos y principios aplicables.

En materia de servicios relacionados con la obra pública, estableció la prohibición de que en este tipo de contratos se incluyeran trabajos de obra por administración directa, igualmente los que tuvieran como propósito la contratación y ejecución de las obras por cuenta y orden de los entes públicos.

Previó las excepciones al procedimiento de licitación pública, en el cuarto capítulo del Título Tercero, las denominó procedimientos de invitación restringida, considerando dos supuestos fundamentales, el monto de la operación a realizar sobre la base de la inversión total autorizada, bajo los procedimientos de invitación restringida a cuando menos tres contratistas o adjudicación directa, en ambos casos resultaba obligatorio formular dictamen, del que se establecieron los requisitos mínimos a cumplir para su validez; además previó la adjudicación directa sin importar el monto basándose en causales específicas que reguló. El titular del ente público debía informar cada día último hábil del mes de las operaciones realizadas en el mes anterior a la Contraloría o al órgano de gobierno de las entidades.

En cuanto al sistema de información y verificación establecido en el Título Cuarto, con un Capítulo Único, como principio estableció que las solicitudes de información, debían ser parte de un sistema coordinado entre la Secretaría y la Contraloría. Además obligó a los entes estatales a conservar en forma ordenada y sistemática la documentación comprobatoria de los actos y contratos que realizaran, por un lapso de cinco años. La Secretaría y la Contraloría quedaron facultadas para realizar visitas inspección y requerir información tanto a los servidores públicos como a las personas con quien se hubiere contratado.

Las Infracciones y sanciones, fueron reguladas por el Título Quinto, en su Capítulo Único, el monto de las sanciones, fue igual a las establecidas por la última reforma de la Ley de Obras Públicas; previo impedimentos para presentar propuestas y contratar. En caso de incumplimientos a la ley, la Contraloría estaba facultada para sancionar determinado la suspensión de las obras; estableció criterios para la imposición de sanciones y el procedimiento para su aplicación; reguló los casos de excepción al cumplimiento de la ley.

Tratándose de Inconformidades, dio derecho a ellas por cualquier acto que contraviniera las disposiciones previstas en la ley, y con motivo de ellas podían realizarse investigaciones de los actos y contratos celebrados al amparo de la ley, por lo que reguló ese procedimiento.

El recurso de revocación, este fue derogado con la promulgación de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo en 1995, por lo que, por una parte, carece de interés su estudio y por la otra excede los objetivos de este trabajo estudiar esa figura prevista por la ley en cita.

2.12.1.- OFICIOS CIRCULARES EMITIDOS PARA REGLAMENTAR LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS.

Las circulares son el medio a través del cual los órganos superiores dan a conocer los actos administrativos que emiten, con los que instruyen a los inferiores, sobre el régimen interior de las oficinas o sobre la forma y términos en que ha de ser interpretada tal o cual disposición jurídica para efectos de su aplicación, pero con la limitante de que no pueden ni deben establecer derechos y obligaciones para los particulares, reformar o modificar ninguna disposición reglamentaria y menos aún legal, respecto de la obligatoriedad de su observancia, sólo puede exigirse a quien le ha sido notificado, o bien, puede ser que tenga efectos jurídicos generales y en tal caso es necesaria su publicación en el Diario Oficial de la Federación, tal como lo disponen los artículos 3º y 4º del Código Civil Federal y a partir de 1995, el 4º de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Segunda Sala ha determinado lo siguiente:

“CIRCULARES. Las circulares no tienen el carácter de reglamentos gubernativos o de policía, pues en tanto que éstos contienen disposiciones de observancia general que obligan a los particulares en sus relaciones con el poder público, las circulares, por su propia naturaleza, son expedidas por los superiores jerárquicos en la esfera administrativa dando instrucciones a los inferiores sobre el régimen interior de las oficinas, o sobre su funcionamiento con relación al público, o para aclarar a los inferiores la inteligencia de disposiciones legales ya existentes; pero no para establecer derechos o imponer restricciones al ejercicio de ellos. Aun en el caso de que una circular tuviera el carácter de disposición reglamentaria gubernativa, para que adquiriese fuerza debería ser puesta en vigor mediante su publicación en el

Diario Oficial, puesto que las leyes y reglamentos sólo pueden obligar cuando son debidamente expedidos, publicados y promulgados. También podría aceptarse que el contexto de una circular obligara a determinado individuo, si le ha sido notificada personalmente; pero si tal circunstancia no se acredita por la autoridad responsable, los actos que se funden en la aplicación de una circular resultan atentatorios.

Amparo en revisión 3676/24. Cía. de Gas y Combustibles "Imperio", S. A. 28 de mayo de 1931. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 5099/46. La Vasco Cantabra, S. A. 25 de septiembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo en revisión 5081/46. La Vasco Cantabra, S. A. 4 de octubre de 1946. Unanimidad de cuatro votos.

Revisión fiscal 18/78. Ariel Construcciones, S. A. 9 de noviembre de 1978. Mayoría de cuatro votos.

Amparo en revisión 7377/79. Antonio Hernández Vázquez y otros. 25 de agosto de 1980. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Séptima Época. Tomo: Tomo III, Parte SCJN. Tesis: 34. Página: 27."

Con el mayor de los respetos difiero de la opinión de la Corte en el sentido de que las circulares puedan contener disposiciones reglamentarias gubernativas, ya que implicaría la delegación de la facultad reglamentaria en individuos diferentes al Presidente de la República, situación no prevista por el artículo 89, fracción I, constitucional, ya citado y comentado en este trabajo, por ello, tal circunstancia resultaría violatoria del principio de legalidad en perjuicio del citado precepto.

Una vez aclarada la función que deben tener las circulares, y por tanto, la finalidad con han de ser usadas, a continuación procedo a comentar las once circulares y oficios circulares emitidos con motivo de la interpretación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

2.12.1.1.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 17 DE ENERO DE 1994.

Se trata del Oficio Circular de fecha 17 de enero de 1994, emitido y publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación con fecha 19 de enero de 1994. En estricto sentido este documento reglamentó la fracción III, apartado B, del artículo 32, el 36, el 58 y el 59, de la Ley de Adquisiciones y Obras

Públicas, es decir, su contenido es propio de los reglamentos los cuales deben ser emitidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la función reglamentaria, por lo que resulta inconstitucional.

Determinó la forma y términos en que los contratistas debían acreditar su experiencia o capacidad técnica y financiera; los documentos a incluir en las propuestas técnica y económica; reguló la substanciación del acto de presentación y apertura de las proposiciones, en sus dos etapas, la de recepción, y apertura de las propuestas técnicas y económicas, y la de apertura de las propuestas económicas, para lo cual ordenó formular sendas actas de cada acto; normó la forma y términos para efectuar las evaluaciones comparativas de las proposiciones recibidas, tanto en su aspecto técnico como económico, y de la formulación del dictamen técnico que serviría de base para la emisión del fallo. Así mismo, estableció que su contenido era de aplicación obligatoria en los procedimientos por invitación restringida a cuando menos tres contratistas y que dichas disposiciones estarían vigentes hasta el momento en que fueran emitidos los manuales de procedimientos de la ley.

2.12.1.2.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 8 DE ABRIL DE 1994.

El Oficio Circular número 005, relativo a las características que deberán contener las publicaciones de los fallos de las licitaciones públicas, en materia de adquisiciones, y arrendamiento de bienes muebles, prestación de servicios de cualquier naturaleza, así como de obra pública, a las que deberán sujetarse las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de abril de 1994, estableció las características que debían contener las publicaciones de los fallos de las licitaciones públicas, en materia de adquisiciones, y arrendamiento de bienes muebles, prestación de servicios de cualquier naturaleza, así como de obra pública, a las que debían sujetarse las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

2.12.1.3.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 30 DE MAYO DE 1994.

El Oficio Circular de fecha 30 de mayo de 1994, emitido y publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación con fecha 13 de junio de 1994, tuvo como propósito modificar y adicionar el Oficio Circular de fecha 17 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 19 del mismo mes y año. Tuvo por objeto modificar la definición de costos indirectos mejorando la redacción del documento original, y se adicionó un último párrafo al numeral 3, del apartado B, de la fracción II, para efecto de señalar que al final del desarrollo de los precios unitarios, se deberían incluir el desglose de las aportaciones de seguridad social para los trabajadores y el pago de derechos por concepto del servicio de vigilancia, inspección y control efectuado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Igualmente modificó el numeral 4, del apartado B, en la fracción II, para efecto de mejorar la redacción y especificar con claridad los programas que debían ser incluidos en la propuesta económica. En la fracción IV, se determinó que los contratistas quedaban obligados a presentar sus propuestas con precios unitarios estructurados conforme a lo señalado en los dos Oficios Circulares; y en la fracción V indicó que dichas disposiciones estarían vigentes hasta el momento en que fueran emitidos los manuales de procedimientos.

2.12.1.4.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 14 DE AGOSTO DE 1995.

El Oficio Circular Núm. SP/100/429/95, de fecha 14 de agosto de 1995, fue emitido y publicado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el Diario Oficial de la Federación en la misma fecha. Debe recordarse que para esta fecha ya había sido reformada la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para efecto de trasladar las facultades normativas en materia de obra pública a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, antes Secretaría de Contraloría General de la Federación.

El documento en comento, tuvo por objeto reforzar las medidas preventivas relativas al pago oportuno de las contrataciones que realizaran los integrantes de la administración pública federal y en materia de obra pública sólo hizo el señalamiento de que se debía respetar lo previsto por el artículo 66 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en el sentido de que las estimaciones por trabajos ejecutados fueran pagadas en un plazo máximo de treinta días contados a partir de que fueran recibidas por el residente de supervisión.

2.12.1.5.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1995.

El Oficio Circular Núm. SP/100/507/95, de fecha 6 de diciembre de 1995, emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación en la misma fecha, señaló que era emitido para cumplir con las determinaciones acordadas en la Alianza para la Recuperación Económica, suscrita por los sectores obrero, campesino, y empresarial el Gobierno Federal y el Banco de México, en materia de "Licitaciones y Compras del Gobierno" y estableció que en las licitaciones que fueran publicadas un día después de su emisión y hasta el último día marzo de 1996, se debería considerar la reducción de los plazos en los procedimientos de licitación y para ello autorizó a la aplicación generalizada del artículo 34 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, argumentando las razones de urgencia establecidas en dicha Alianza para la Recuperación Económica; los contratos debían formalizarse cuando se contara con la suficiencia presupuestal respectiva; se obligó a efectuar una publicación en un diario de circulación nacional del calendario de convocatorias en los que debían estar incluidos los principales proyectos de obra pública, mismos que debían corresponder a cuando menos al cincuenta por ciento del número de licitaciones programadas de mayor monto.

2.12.1.6.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 22 DE ENERO DE 1996.

Este oficio sin número y sin fecha fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de enero de 1996, y fue emitido por los Secretarios de Hacienda y Crédito Público, de Comercio y Fomento Industrial, y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, para en relación con el Oficio-Circular número SP/100/507/95 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1995, ya comentado, para determinar que a partir de esa fecha quedaban excluidas de la reducción de plazos generalizada las licitaciones sujetas a los tratados internacionales.

2.12.1.7.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 12 DE MARZO DE 1996.

El Oficio Circular Núm. SP/100/252/96, de fecha 12 de marzo de 1996, fue emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y publicado el día 15 del mismo mes y año. Tuvo por objeto emitir los "Lineamientos para el Oportuno y Estricto Cumplimiento del Régimen Jurídico de las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios de Cualquier Naturaleza, Obras Públicas y Servicios relacionados con éstas." Se estructuró en tres grandes apartados el primero de aplicación general para todas las materias, el segundo para las Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y el tercero para las Obras Públicas.

Los lineamientos de aplicación general establecieron obligaciones y aclararon trámites en lo relativo a la substanciación de las licitaciones, desde su preparación hasta la emisión del fallo, la formalización y contenido de los contratos, renovación de garantías por parte de los contratistas y la emisión de informes a la mencionada Secretaría.

En materia de obra pública, los lineamientos fueron en el sentido de reiterar los prerequisites para convocar; que en las bases de las licitaciones debía establecerse la forma de calcular los costos por financiamiento; que la integración de precios unitarios se efectuara conforme a lo previsto en los oficios circulares de fechas 19 de enero y 13 de

junio de 1994; el contenido de los contratos; establece la obligación de que los modelos de contratos fueran autorizados por las áreas jurídicas y de contraloría; aclara el trámite del procedimiento para efectuar el ajuste de costos; y el momento en que debían ser iniciados los procedimientos de rescisión administrativa, suspensión total de las obras y terminación anticipada, igualmente el momento procesal oportuno para levantar el acta circunstanciada y las acciones a seguir en los casos de omisión en la devolución de materiales, equipos, instalaciones e inmuebles por parte de los contratistas en los casos ya indicados.

2.12.1.8.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 1996.

Con la emisión del Oficio Circular Núm. SP/100/107/96, de fecha 10 de septiembre de 1996, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, volvió a establecer la obligación para los integrantes de la administración pública federal, de enviarle información mensual sobre el avance físico y financiero de las obras públicas en proceso, adjudicadas mediante licitación pública o a través de cualquiera de los procedimientos por invitación restringida, que eran el de invitación a cuando menos tres contratistas y la adjudicación directa en sus dos modalidades, en atención al monto del contrato o por la existencia de una causal específica, esto conforme al formato anexo al oficio de mérito, que fue denominado "Reporte de avance físico-financiero de los contratos de obra pública adjudicados mediante licitación pública o con fundamento en el artículo 81 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas."

2.12.1.9.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1996.

Nuevamente la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo emitió con fecha 26 de septiembre de 1996, y lo publicó el 2 de octubre de 1996, en el Diario Oficial de la Federación el Oficio Circular Núm. SP/100/1217/96, a través del cual formuló los "Lineamientos y criterios para que en los procedimientos de licitación pública e invitación restringida y en lo relacionado con la ejecución y cumplimiento de los contratos de

adquisiciones, obras públicas y servicios de cualquier naturaleza, se observe estrictamente lo dispuesto por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas”, que fue un complemento a los lineamientos contenidos en el Oficio Circular Núm. SP/100/252/96, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 del mismo mes y año, ya citado.

El documento estuvo estructurado por dos apartados el 1 en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios de cualquier naturaleza, el cual no es materia de este trabajo, y el 2 en materia de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, contuvo criterios muy precisos sobre la aplicación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que posteriormente fueron incorporados a su sucesora y que pueden resumirse en los siguientes puntos: La ley no era aplicable a las concesiones de obra pública; que los trabajos de conservación y mantenimiento se consideraban obra pública; la fecha de origen de los ajustes de costos era la fecha del acto de presentación de proposiciones y apertura de propuestas técnicas; el retraso en la entrega del anticipo, da lugar a diferir sin modificar en igual plazo el programa de ejecución de los trabajos, lo cual no era aplicable a anticipos subsecuentes; la bitácora de obra forma parte integrante del contrato; las retenciones de cuotas de Cámaras Industriales, no debían repercutirse en el importe de las propuestas; se prohibieron las estipulaciones que previeran el otorgamiento de aportaciones a los entes estatales; se estableció que el plazo para el pago de ajustes de costos debía ser igual al de las estimaciones; se prohibió a los titulares de los entes estatales delegar la rendición de informes o el otorgamiento de autorizaciones, en favor de servidores públicos de menor rango; sólo la Contraloría podía ejercer los supuestos previstos en las fracciones V a VII del artículo 88 de la Ley.

2.12.1.10.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 7 DE ABRIL 1997.

Con fecha 7 de abril de 1997, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, emitió el “Acuerdo que establece la información relativa a los procedimientos de licitación pública que las dependencias y entidades de la administración pública federal deberán remitir a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo por transmisión electrónica o en medio magnético, así como la documentación que las mismas podrán requerir a los proveedores para éstos acrediten su personalidad en los procedimientos de

licitación pública." Mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 1997.

El citado acuerdo tuvo por objeto establecer las bases de funcionamiento y operación del sistema electrónico de transmisión de datos denominado Compranet, a efecto de estandarizar la información que por disposición de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, los integrantes de la administración pública federal, estaban obligados a remitir a la citada dependencia, respecto de los procedimientos de contratación regulados por dicha norma.

Hasta la fecha dicho programa funciona con éxito, pues además de ser un medio de información eficaz, facilita el acceso a la información sobre cada licitación pública o por invitación directa, iniciada y substanciada por los mencionados entes Estatales, por lo que transparenta en cierta medida esos procesos.

2.12.1.11.- OFICIO CIRCULAR QUE INTERPRETÓ Y PERMITIÓ LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS, DEL 7 DE JULIO DE 1997.

Con fecha 7 de julio de 1997, la misma Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, emitió la Circular Núm. SP/100/1644/97, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 del mismo mes y año, tuvo como propósito el aclarar que a partir de la entrada en funcionamiento del sistema Compranet el día 1º de junio de 1997, a que se refiere el acuerdo comentado en el punto anterior, ya no sería necesario el envío de información documental respecto de las licitaciones públicas que fueran incorporadas al sistema, así mismo, que a partir de esa fecha podría consultarse en la página Web de esa secretaría de estado, vía Internet la normatividad aplicable a los procedimientos de contratación regulados por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, además de otra información derivada de la misma.

2.13.- LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS DE 2000.

El esfuerzo integrador hecho con la promulgación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas fue efímero, con fecha 30 de noviembre de 1999, fue emitida la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM), la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000 y entró en vigor sesenta días después de su publicación, es decir, el 4 de marzo del mismo año, por disposición expresa de su artículo Primero Transitorio.

Salvo algunos aspectos particulares, esta ley no implicó un gran cambio a lo ya existente, toda vez que se limitó a separar las materias que habían sido integradas en un sólo cuerpo normativo, e incorporando al nuevo dispositivo legal aspectos de interpretación que fueron motivo de los diez documentos recientemente comentados con algunas mejoras conceptuales, especialmente en lo atinente a la substanciación de las licitaciones.

Esta norma está integrada por un total de 91 artículos, divididos en ocho títulos. el Primero contiene las "Disposiciones Generales", el Segundo trata "De la Planeación, Programación y Presupuestación", el Tercero "De los Procedimientos de Contratación" subdividido en tres capítulos dedicados a las generalidades de tales procedimientos, a la licitación pública, y a las excepciones de ésta, el Cuarto título, trata "De los contratos" y para el efecto se dividió en dos capítulos uno relativo a la contratación o formulación y celebración de aquellos, y el otro a su ejecución; el Quinto título denominado "De las Obras por Administración Directa", el Sexto "De la Información y Verificación", el Séptimo "De las Infracciones y Sanciones" y el Octavo "De las Inconformidades y Procedimientos de Conciliación" que para su tratamiento fueron divididos en dos capítulos.

En este momento no procedo al examen minucioso de esta norma, debido a que en estricto sentido el análisis detallado de la misma en lo concerniente al contrato de obra pública, está contenido en los Capítulos III y IV de este trabajo.

2.13.1.- REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS DE 2001.

No fue sino hasta casi un año y medio después, que el Poder Ejecutivo cumplió con la obligación de reglamentar la actual Ley en materia de obra pública, misma que conforme al artículo Cuarto Transitorio de la misma, debió emitir en un plazo de ciento veinte días, el 14 de agosto de 2001, fue emitido el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación hasta el día 20 del mismo mes y año.

Este ordenamiento resultó innovador en razón de que se hizo un esfuerzo importante para que por primera vez en la historia legislativa mexicana, el reglamento de la ley de esta materia fuera completo y no fueran emitidos otros ordenamientos de dudosa validez jurídica, como las Bases y Normas en el caso de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas para las dependencias y entidades de la administración pública federal, en el caso de la Ley de Obras Públicas, o éstas últimas y otros diez documentos entre oficios circulares y un acuerdo.

Por esa razón, en los artículos Segundo y Tercero Transitorio del decreto con que fue promulgado, además de abrogar el Reglamento de la Ley de Obras Públicas, y su única reforma, se dejaron sin efecto las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, el Oficio Circular publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1994, y sus reformas publicadas el 13 de junio del mismo año; el oficio circular publicado el 13 de septiembre de 1996, el Oficio Circular número 005 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de abril de 1994, el publicado el 15 de marzo de 1996, y el publicado el 2 de octubre de 1996.

Esto es, no se hizo mención alguna sobre los oficios circulares publicados en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto y el 06 de diciembre de 1995, el 22 de enero de 1996, tal vez, en este caso por su especial contenido, el Acuerdo que estableció el sistema de Compranet y su oficio aclaratorio ha de entenderse que siguen vigentes.

Sin embargo, el esfuerzo no fue completo, ya que si bien se trató de recuperar todo lo importante contenido en los documentos ya mencionados, y tratar con una mayor sistematización y profundidad cada tema, también es cierto que el esfuerzo integrador omitió un capítulo importante que fue la Sección 4 de las Reglas Generales ya citadas, intituladas Reglas para la Formulación e Integración de las Normas y Especificaciones de las Obras Públicas, ya que con esto se dejaron sin efecto jurídico alguno las especificaciones técnicas y normas de construcción que en un esfuerzo de años habían emitido diversas dependencias y entidades, en las que la contratación y ejecución de obras públicas resulta fundamental para el debido desempeño de sus actividades.

En cuanto a su contenido, es de mencionarse que el Reglamento está integrado por un total de 230 artículos, que fueron divididos en ocho Títulos, que a su vez se integraron por Capítulos y Secciones en algunos casos, así el Primero de ellos, está dedicado a las "Disposiciones Generales"; el Segundo trata "De la Planeación, Programación y Presupuestación" y cuenta con dos capítulos uno de generalidades y otro de los Comités de Obras Públicas.

El Título Tercero denominado "De las Obras y Servicios por Contrato", es el más grande de todos, ya que está conformado por nueve capítulos, el primero dedicado a la "Licitación Pública", consta de cinco secciones que norman las generalidades de este procedimiento, el acto de presentación y apertura de las proposiciones, la evaluación de las mismas, el fallo para la adjudicación, y el desechamiento de proposiciones, la cancelación, la nulidad total y las licitaciones declaradas desiertas.

El Segundo capítulo regula las excepciones a la licitación pública; el Tercero, está consagrado a la contratación, consta de III secciones que reglan el contrato, las garantías y el monto de los contratos.

El Cuarto capítulo establece los cánones en cuanto a la ejecución de los contratos, esta integrado por IX, secciones que contienen reglas en lo concerniente a los responsables de los trabajos, la bitácora, la forma de pago, los anticipos, la suspensión de las obras, la terminación anticipada de los contratos, la rescisión administrativa de los mismos, la recepción de los trabajos, y el finiquito y terminación del contrato; el Quinto capítulo fue

dedicado al procedimiento de ajuste de costos y se integra con dos secciones una de generalidades y la otra del cálculo de los ajustes de costos.

El Sexto capítulo sistematiza lo relativo al análisis, cálculo e integración de los precios unitarios, se integra por VI secciones, que regulan lo concerniente a generalidades, el costo directo, el costo indirecto, el costo por financiamiento, el cargo por utilidad y los cargos adicionales; el Séptimo capítulo tuvo por objeto reglar el contrato a precio alzado; el Octavo los contratos mixtos, el Noveno los servicios relacionados con la obra pública; con III secciones una de generalidades, otra de integración y evaluación de las propuestas y el último del mecanismo de puntos y porcentajes.

Los Títulos Cuarto y Quinto están dedicados a normar la ejecución de obras bajo la modalidad de Administración Directa y lo relativo a sanciones, inconformidades y conciliaciones, esto último en tres capítulos, uno para cada tema.

Al igual que en el caso de la ley, el reglamento será motivo de análisis detallado en los Capítulos III y IV de éste trabajo, por lo que no resulta procedente efectuar ningún estudio específico sobre su contenido.

2.14.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS.

Hasta hace pocos años los organismos constitucionales autónomos, simplemente no existían, pero a partir de los años noventa del siglo XX, en esta transformación que está sufriendo el derecho administrativo, como un reclamo social y económico, han surgido organismos que son independientes de los tres poderes clásicos como son el legislativo, el judicial y el ejecutivo, tal es el caso del Banco de México, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y el Instituto Federal Electoral.

Algunos de estos organismos, en un hecho sin precedentes, han sido dotados de facultades legislativas para efecto de cumplir con las funciones que constitucionalmente les fueron asignadas, además para ejercer la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, específicamente, para efecto de cumplir con lo preceptuado por el artículo 134 constitucional, los órganos de gobierno de estos organismos, están

facultados para emitir normas que permitan ejercerla en apego a la constitución y así lo han hecho, sin embargo, dichas normas dejan mucho que desear, en razón de que en estricto los órganos de mérito en lo general aceptan sujetarse a las leyes expedidas por el Congreso de la Unión y sólo emiten normas respecto de aspectos particulares de las mismas.

En razón de lo anterior, en nuestra opinión las leyes que emite el Congreso de la Unión para normar lo relativo al ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, es decir, todo lo concerniente a la emisión de actos y contratos administrativos, y manejo presupuestal, deben ser aplicables a estos organismos a efecto de no crear desconcierto, confusión y desconfianza en la función legislativa desde el punto de vista formal y subjetivo, e igualmente por lo que hace la facultad reglamentaria, ya que finalmente, el ajustar los actos y contratos a las mismas normas en nada merma la autonomía constitucional que les fue otorgada, y bastarán acuerdos internos que establezcan que autoridades de los propios organismos constitucionales autónomos ejercerán las funciones de inspección y vigilancia, ya que por ejemplo sujetar la ejecución de sus obras públicas a las normas que regulan el artículo 134 constitucional, en nada afecta la defensa de los derechos humanos, ante actos del poder ejecutivo o judicial, el procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, y menos aún la forma y términos en que son llevados a cabo los procesos electorales a nivel federal.

Tal vez por esa razón, es que la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, en su artículo 1º establece que dichos organismos tienen la obligación de aplicar los criterios y procedimientos previstos en la misma, en lo que no se opongan a los ordenamientos que los rigen y sujetándose a sus propios órganos de control.

Ejemplo de lo anterior, lo es la Ley del Banco de México, en su artículo 46, fracción XII, establece que entre las facultades de su Junta de Gobierno se encuentra la de:

“Artículo 46 La Junta de Gobierno tendrá las facultades siguientes:”

“XII. Expedir, con sujeción a los criterios de carácter general señalados en el artículo 134 constitucional, las normas conforme a las cuales el Banco deba contratar las adquisiciones y enajenaciones de bienes muebles, los arrendamientos de todo tipo de bienes, la realización de obra inmobiliaria, así como los servicios de cualquier naturaleza;”

Con fundamento en esa facultad es que dicho órgano de gobierno emitió y publicó en el Diario Oficial de la Federación las “Normas del Banco de México en materia de obra inmobiliaria y servicios relacionados con la misma.” Las cuales fueron publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de octubre de 2000, mismas que se hicieron consistir en 35 normas que en esencia establecen la aplicabilidad de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, para efecto de dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 134 constitucional en materia de obra pública, y para ello hace algunas consideraciones terminológicas, señala que los artículos 1º antepenúltimo párrafo, 7 ,8 ,12, 14, último párrafo, 15 segunda párrafo, 30 fracción II, inciso d), 42, fracción XI. 45, último párrafo, 49. 74, primero y segundo párrafos, y 88 de la ley en cita se oponen a su autonomía y por tanto no le serán aplicables, sin embargo, en la regla octava señala otros que aún cuando no son incompatibles considera no deben aplicarse por ya tener normas propias en materia presupuestaria; en cuanto a interpretación de la ley establece que la facultada para ello será la dirección jurídica del organismo; que la supletoriedad a que se refiere el artículo 13 de la ley no aplica y será la señalada en el artículo 68 de la Ley del Banco de México la aplicable, etcétera, es decir no se aporta nada nuevo, en realidad se trata de un pequeño manual de procedimientos que hace factible aplicar la ley que nos ocupa en el Banco de México.

2.15.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN EL PODER LEGISLATIVO FEDERAL.

En la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, no se establece ninguna disposición especial respecto de la celebración de contratos administrativos y en especial de contratos de obra pública, sin embargo, en la práctica el Congreso de la Unión, a través de los órganos administrativos de las Cámaras de Diputados y Senadores, y la Auditoría Superior de la Federación, también mediante las unidades administrativas correspondientes, cuando requieren ejecutar obras públicas o servicios relacionados con las mismas, celebran contratos con base en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, y su Reglamento, haciendo el señalamiento de que en forma voluntaria se apegan a lo previsto en dichas normas en lo que no se afecte su soberanía o autonomía según sea el caso.

En mi opinión, nada sucedería si en el artículo 1º de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, se establece que dicha norma será aplicable a todos los Poderes de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, y que mediante acuerdo que ha de ser publicado en el Diario Oficial de la Federación, se deberán establecer las disposiciones que no aplicarán a dichos poderes por no ser compatibles con su naturaleza jurídica, y que la Contraloría Interna de cada uno de ellos, fuera la responsable de vigilar el estricto cumplimiento de sus disposiciones, toda vez que en nada se afectaría la soberanía del Congreso de la Unión, ni tampoco la autonomía técnica y de gestión de la Auditoría Superior de la Federación y a la vez se da cumplimiento a las normas que reglamentan el artículo 134 constitucional.

2.16.- NORMATIVIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

El ejercicio del Poder Judicial de la Federación, de conformidad con el primer párrafo del artículo 94 constitucional, se deposita entre otros órganos en el Consejo de la Judicatura Federal, y en el segundo se determina que tiene a su cargo la administración, vigilancia y disciplina de dicho poder, así mismo, el artículo 100 de la misma Carta Magna, en su primer párrafo establece que tiene independencia técnica y de gestión y en el octavo determina que:

“De conformidad con lo que establezca la ley, el Consejo estará facultado para expedir acuerdos generales para el adecuado ejercicio de sus funciones. La Suprema Corte de Justicia podrá solicitar al Consejo la expedición de aquellos acuerdos generales que considere necesarios para asegurar un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional federal. El Pleno de la Corte también podrá revisar y, en su caso, revocar los que el Consejo apruebe, por mayoría de cuando menos ocho votos. La ley establecerá los términos y procedimientos para el ejercicio de estas atribuciones.”

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en su artículo 81, establece cuales son las atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal, determinado en sus fracciones XVII y XXXIV, lo siguiente en materia de obra pública:

“XVII. Emitir las bases mediante acuerdos generales, para que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes,

realice el Poder Judicial de la Federación, a excepción de la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de su presupuesto de egresos, se ajuste a los criterios contemplados en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;"

"XXXIV. Administrar los bienes muebles e inmuebles del Poder Judicial de la Federación, cuidando su mantenimiento, conservación y acondicionamiento, a excepción de los que correspondan a la Suprema Corte de Justicia;"

Aún antes de la existencia de las actuales disposiciones, que comentaremos líneas adelante, anteriormente existieron disposiciones constitucionales y legales, que facultaron al Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para regular las contrataciones efectuadas por nuestro máximo tribunal de justicia.

En uso de esas facultades el Presidente de la Suprema Corte en turno, emitía Acuerdos Generales de Administración con los que se regularon los contratos administrativos que requería celebrar para el ejercicio de las facultades administrativas del alto tribunal.

Así por ejemplo, con el Acuerdo General de Administración número 1/96, de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 23 de febrero de 1996, publicado en el tomo II, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta de febrero de 1996, emitido en la Novena Época, con el que se regularon las contrataciones que en diversas materias requería efectuar la Corte, entre ellas la obra pública.

Posteriormente, se emitió el Acuerdo General de Administración 3/97 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Tomo V, de mayo de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Página 795 y siguientes, titulado "Acuerdo por el que se determinan las Políticas, Normas y Lineamientos para el Ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación".

Posteriormente, se emitió el Acuerdo General de Administración 1/98 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, titulado "Acuerdo por el que se determinan los Procedimientos para las Contrataciones Requeridas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VII, del mes de enero de 1998, en la página 1203 y siguientes, de la Novena Época, en

este acuerdo se regulan las contrataciones en materia de obra pública, adquisiciones, arrendamientos, servicios, equipo y sistemas de cómputo.

En el Artículo Segundo Transitorio se derogó el Acuerdo General de Administración 1/96 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se determinan las contrataciones requeridas por ese Alto Tribunal de fecha 23 de febrero de 1996.

Como su nombre lo indica este Acuerdo General reguló los procedimientos de contratación en las materias señaladas, por lo que en sus artículos puede encontrarse todo lo relativo a la substanciación de las licitaciones públicas, de los procedimientos de invitación restringida, adjudicación directa, garantías, recepción de los trabajos y finiquito de los contratos, pero en forma repetitiva, ya que el documento en comento, reguló cada procedimiento para cada materia, por lo que fue largo y tedioso.

Ya con sustento en las actuales disposiciones constitucionales y legales, es decir, con motivo de las reformas constitucionales y la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que crearon el Consejo de la Judicatura Federal, éste emitió el Acuerdo General Número 32/1998, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que fija las Bases para que las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios y Obra Pública en el Consejo de la Judicatura Federal, se ajusten a los criterios contemplados en el Artículo 134 constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de septiembre de 1998 y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VIII, de Septiembre de 1998, en la página 1233 y siguientes, de la Novena Época.

Este Acuerdo General, tuvo por objeto establecer las bases a las que debía sujetarse el Consejo de la Judicatura Federal en las contrataciones que celebrara en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, prestación de servicios de cualquier naturaleza y contratación de obra pública, en ejercicio de los presupuestos de egresos del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Federal Electoral.

El acuerdo se integró por un total de 114 puntos, declarando que los contratos que fueran celebrados con fundamento en el mismo, eran de carácter administrativo, destinados a satisfacer las necesidades del citado poder y por tanto tendrían una naturaleza de interés

público; determinó lo que comprendería cada materia regulada por él, y señaló que los actos, contratos y convenios que fueran celebrados en contravención al mismo y las demás disposiciones aplicables serían nulos de pleno derecho.

El documento en estricto sentido es un manual de procedimientos que establece paso a paso como substanciar los procedimientos de contratación, como adjudicar los contratos, la formalización de éstos, la forma y términos para el otorgamiento de anticipos, el ajuste de precios y costos, la recepción de los trabajos, las garantías que debían otorgarse, la terminación y la suspensión de los contratos, su rescisión administrativa, las penas convencionales; prevé también la existencia de Catálogos de Proveedores y Contratistas, y procedimientos de inconformidad que debían substanciararse ante la Contraloría del Consejo de la Judicatura Federal.

Con fecha 8 de marzo de 1999, fue emitido el Acuerdo General Número 9/1999, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece el Rol de Diarios Nacionales a los que se encomendará la publicación de determinados Avisos, Convocatorias y Esquelas del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 1999 y el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo IX del mes de marzo de 1999, de la Novena Época.

Debido que por la decisión del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, en sesión del día 24 de febrero de 1999, se determinó establecer un rol de los diarios de mayor circulación nacional a fin de que las erogaciones que por concepto de publicaciones e inserciones relativas a avisos, convocatorias y esquelas se repartieran de manera equitativa entre los diarios seleccionados.

Posteriormente se emitió el Acuerdo General de Administración 20/99 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 1º de junio de 1999, por el que se Establecen los Procedimientos para la Contratación de Obras, Adquisición y Desincorporación de Bienes, Usos y Servicios Requeridos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Tomo XII, del mes de agosto de 2000. en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la página 1253 y siguientes, de la Novena Época.

En dicho acuerdo se establecen los procedimientos para la contratación de obras, adquisición y desincorporación de bienes, usos y servicios requeridos por el máximo tribunal, mismo que entró en vigor el día 1º de noviembre del mismo año, por lo que a partir de esa fecha quedó derogado el Acuerdo General de Administración 1/98 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se determinan las contrataciones requeridas por este Alto Tribunal de fecha 20 de enero de 1998, así como sus reformas y adiciones contenidas en el Acuerdo General de Administración 7/98 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 16 de abril de 1998, por el que se Reformaron y Adicionaron diversas disposiciones del Acuerdo por el que se determinan los Procedimientos para las Contrataciones requeridas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Tomo VII de mayo de 1998, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la página 1097 y siguientes, de la Novena Época, así como las circulares y otras disposiciones de carácter general que se hayan emitido con base en tales actos.

Al igual que su antecesor, el Acuerdo General de Administración 20/99 tuvo por objeto regular los procedimientos para la contratación de obras, adquisición y desincorporación de bienes, usos y servicios requeridos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece las facultades de las unidades administrativas responsables de estos procedimientos, determina los requisitos para iniciar un procedimiento de contratación, clasifica a éstos en licitación pública, invitación restringida y adjudicación directa, determina su procedencia en base a su monto, el cual es determinado en base a unidades de Inversión, detalla los procedimientos de contratación partiendo de la licitación pública, establece la forma y términos en que han de ser adjudicados los contratos. señala los requisitos que estos deben cumplir, las garantías que deben otorgarse, durante los procedimientos de contratación y con motivo de la celebración de los contratos, la recepción de los trabajos, etc.

En la misma fecha, el 1º de junio de 1998, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el Acuerdo General De Administración 24/99 por el que se determinan las Políticas, Normas y Lineamientos para el ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Suprema Corte De Justicia De La Nación, publicado en el Tomo XII. del mes de agosto de 2000, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la

página 1301 y siguientes, de la Novena Época. El cual estuvo motivado por cambios en la estructura orgánica de la propia Corte.

En materia de obra pública el acuerdo estableció la obligación de formular un Programa Anual de Obras, en que debía darse prioridad a las obras en proceso de ejecución así como intensificar los programas de construcción y mantenimiento de inmuebles, en el documento se omite regular lo relativo a la certificación de disponibilidad presupuestal, como prerequisite de contratación, que se preveía en el documento al cual sustituyó.

Posteriormente, en agosto del año 2000, la propia Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, formuló el Acuerdo General 43/2000, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se determina la creación del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2000, que también fue publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, de Agosto de 2000, Página 1427. Al respecto debe tenerse presente que dicho Comité ya existía en virtud de que su existencia y funciones fueron previstas desde el Acuerdo General de Administración Número 1/98 de fecha 20 de enero de 1998, sólo que en aquel se preveía la existencia de un Comité por materia, al igual que los Padrones de contratistas y proveedores.

Motivado por cambios en la estructura orgánica de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal, la necesidad de desconcentrar funciones que sólo eran ejercidas en el ámbito central, la creación del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios, y la necesidad de que en esas materias existiera una operación ágil y eficaz, además de la necesidad de capitalizar las experiencias obtenidas con dos años de vigencia del Acuerdo General 43/1998, fue expidió el "Acuerdo General 75/2000, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que fija las bases para que las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios y Obra Pública en el Consejo de la Judicatura Federal, se ajusten a los criterios contemplados en el Artículo 134 Constitucional.", emitido el 10 de noviembre de 2000 y publicado en el Tomo XII del mes de noviembre de 2000, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la Página 907 y siguientes.

En el Artículo Primero Transitorio del Acuerdo, se estableció que el mismo entraría en vigor el 1º de enero de 2001 y en el Segundo que se abrogaban los Acuerdos 32/1998 y 43/2000. En general el documento fue elaborado con mejor metodología y sistemática, ya que a diferencia de su antecesor, usa el método deductivo con eficacia, ya que regula los aspectos generales de cada figura desde los aspectos previos a la contratación hasta la terminación de los contratos, normando previamente la creación, funciones y procedimientos a seguir por el Comité, los procedimientos de contratación incluyendo un Padrón único de contratistas y proveedores, etc.

No obstante todo lo anterior, a mi juicio la existencia de toda esta normatividad en el poder judicial, resulta excesiva, en razón de que se regula el ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo en materia de contratos administrativos, y sería más saludable que las leyes emitidas por el Congreso de la Unión, fueran aplicables a todos los poderes y órganos que integran al estado, bastando en aquellos distintos al poder ejecutivo, acuerdos generales que establezcan las excepciones y modalidades de aplicación de conformidad con la naturaleza de cada poder y órgano, como en el caso del Banco de México, logrando así uniformidad normativa en el ejercicio de dicha función, que reitero, su ejercicio con base en una Ley única en nada afecta la soberanía o autonomía de los órganos y poderes que conforman al estado.

CAPÍTULO TERCERO

LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL ACUERDO DE VOLUNTADES EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

3.1.- EL PROCESO DE CONTRATACIÓN.

El principio de legalidad, es la base que sustenta al estado de derecho, por ello, establece como principio fundamental que todo aquello que no le esté expresamente autorizado, se entenderá que lo tiene prohibido, esto, en sentido contrario a lo que acontece con los particulares, a quienes sólo les está prohibido aquello que taxativamente determina la norma jurídica que es una conducta prohibida o sancionada. Partiendo de este punto, debe afirmarse que la génesis y terminación de las facultades del estado es la ley, específicamente la Constitución, que es el documento que lo organiza y faculta para realizar todas actividades necesarias para lograr el interés público. A diferencia de los gobernados, el estado carece de prerrogativas si éstas no están expresamente determinadas en las normas jurídicas, entre ellas se encuentra la celebración de contratos administrativos, estableciendo procedimientos específicos para la formación de dichos acuerdos de voluntades. En el caso de México, como ya fue analizado en el capítulo precedente, el artículo 134 constitucional, establece que la regla general para la celebración de los contratos administrativos es la licitación pública y que las normas secundarias (leyes) establecerán y normarán los casos en que ello no sea idóneo, es decir, los casos de excepción a dicha regla general.

Con base en lo anterior, se puede afirmar categóricamente, que en nuestro país, la Constitución establece que un procedimiento administrativo específico, la licitación pública, es la regla general a seguir para celebrar los contratos administrativos y sólo por excepción debidamente regulada y justificada, puede optarse por otro procedimiento. Consecuentemente en la celebración de contratos administrativos, los órganos estatales, en ejercicio de la función administrativa, considerada desde el punto de vista material u objetivo, en el sentido expresado por Cassagne²⁶⁵, conduce a la celebración de contratos bajo un régimen jurídico específico que se considera exorbitante respecto del derecho

²⁶⁵ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 22.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

civil, especialmente por lo que hace a su ejecución y extinción, cuyo acento está dado por su objeto o fin, esto es, la consecución del interés público, aún cuando no sea de forma inmediata. Lo cual se traduce en que para que los órganos estatales celebren contratos de los llamados administrativos es necesario cumplir con dos requisitos, que la norma jurídica les otorgue esa facultad expresamente y que ello resulte requerido para el logro del interés público, faltando cualquiera de estos elementos su celebración no estará justificada.

Ahora bien, generalmente la norma jurídica establece de manera específica los procedimientos administrativos que deben cumplir los entes estatales para celebrar sus contratos, los cuales regulan la forma y términos en que ha de establecerse el objeto a contratar, los recursos presupuestales que han de ser ejercidos, hasta terminar con la formación del acuerdo de voluntades con el particular que participa voluntariamente, lo cual, resulta ser un requisito legal para la celebración de los contratos administrativos, cuyo cumplimiento es estrictamente obligatorio, ya que pasan a formar parte de los mismos, a ser colaboradores del estado en la consecución del interés público.

Como ya se indicó, los procedimientos a seguir para celebrar los contratos administrativos, comparten esa naturaleza, al igual que las normas que los regulan, por tanto, éstas tienen como finalidad única, el logro del interés público, es este sentido se expresan la mayoría de los autores que han tratado el tema, como Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁶⁶, éste último en su obra especialmente dedicada al tema de la Licitación Pública²⁶⁷, Parada²⁶⁸, quien incluso señala que el origen de este tipo de procedimientos fue la "...desconfianza del monarca hacia los que manejaban sus caudales...", Escola²⁶⁹, Cassagne²⁷⁰, López-Elías²⁷¹, Fernández Ruiz²⁷², Berçaitz²⁷³, Dromi²⁷⁴, entre otros.

²⁶⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 319.

²⁶⁷ Lucero Espinosa, Manuel, La Licitación Pública, 1ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1993. Págs. 23 y 24.

²⁶⁸ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 314 a 316.

²⁶⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 652 y 653.

²⁷⁰ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 41.

²⁷¹ López-Elías, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999. Págs. 21 y 22.

²⁷² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 167 y 168.

²⁷³ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 312 y 313.

²⁷⁴ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 252 y 253.

3.2.- PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS.

A través del breve tiempo, que tiene la existencia formal el Derecho Administrativo y como lo apuntan antecedentes históricos, el derecho público ha desarrollado diversos procedimientos para la selección de los contratistas, con varios tipos o clases, como las nacionales, internacionales, de acceso público, privado, restringido, etc., como lo son la licitación pública, el concurso, la subasta, el remate, la adjudicación directa según lo expresan diversos autores como López-Elías²⁷⁵, Fernández Ruiz²⁷⁶, Berçaitz²⁷⁷, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁷⁸, como son la licitación pública o privada, el concurso público o privado, la contratación directa, y el remate o subasta pública. Muchos autores clasifican a estos procedimientos en dos grandes sistemas el de libre elección y los sistemas de competencia o restricción según lo indica Lucero Espinosa²⁷⁹, los cuales analizaremos a continuación.

3.2.1.- EL SISTEMA DE LIBRE ELECCIÓN.

Doctrinalmente se ha sostenido que este sistema, la libre elección, el cual consiste en la facultad del estado de elegir libremente, en forma directa y discrecional a quien será su cocontratante, es la regla general y que sólo por excepción resultan aplicables los llamados sistemas restrictivos o de competencia. Lo cual, desde mi punto de vista resulta contradictorio en sí mismo, ya que por una parte se habla de facultades del estado y por otro de la inexistencia de normas que establezcan la existencia de procedimientos a seguir para la celebración de los contratos administrativos.

Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁸⁰, éste en lo individual²⁸¹, y López-Elías²⁸², sostienen que en nuestro país este es el sistema que predomina, que ello es así, porque conforme a lo previsto en el artículo 134 constitucional, la regla general de la licitación pública opera única y exclusivamente para los contratos administrativos que el propio precepto señala, siendo éstos una pequeña gama de los muchos tipos de contratos que el

²⁷⁵ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 22 a 24.

²⁷⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 168 y 169.

²⁷⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 314 a 319.

²⁷⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 319.

²⁷⁹ Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 23 a 26.

²⁸⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 319 y 320.

²⁸¹ Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 24 y 25.

²⁸² López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 22, 23 y 24.

estado mexicano celebra día con día. Por su parte, Berçaitz²⁸³, señala que si bien esa es la regla general, día con día, la norma jurídica aparece a cada paso reglando la elección del cocontratante estableciendo lo que serían casos de excepción como regla general, por lo que ésta ha pasado a ser la excepción, como procedimiento de selección.

Escola²⁸⁴ coincide con la definición del sistema de libre elección y afirma que incluso este sistema resulta el más conveniente para concertar las grandes contrataciones del estado, ya que para esos casos los sistemas de restricción no resultan aptos, en razón de que son inconvenientes, pues en este predominan conceptos como los de eficacia y facilidad en la formación de las relaciones contractuales, e incluso que es por ello que en las contrataciones de escaso valor económico o de menor trascendencia también se realizan a través del sistema de libre elección al que no hay que confundir con el de asignación o contratación directa, que es un sistema de restricción sujeto a normas determinadas, donde también es necesario justificar el motivo del procedimiento y aunque no lo parezca el porque de la selección del contratista.

El argumento fundamental de esta postura, cuya paternidad López-Eliás atribuye a Gaston Jèze, estriba en que se interpreta que los sistemas restrictivos operan única y exclusivamente cuando existe una norma jurídica que los prevé y que ante la ausencia de una disposición expresa los entes Estatales en ejercicio de la función administrativa, gozan de libertad para seleccionar de manera libre, directa y discrecional a quien será su cocontratante.

En lo personal difiero de esa postura, ya que desde mi punto de vista, resulta contraria al principio de legalidad, ya enunciado líneas arriba, toda vez que si se tiene presente que el inicio y fin de las facultades estatales es la ley y en todo caso al no existir norma jurídica que regule el procedimiento administrativo a seguir para celebrar tal o cual contrato, ha de entenderse que el estado carece de facultades para adjudicar directamente o celebrar por libre elección el contrato respectivo, toda vez, que lo contrario implica interpretar el principio de legalidad, en tratándose del estado, como si se estuviera en el caso de un particular o gobernado, para quien efectivamente lo que no le esta prohibido taxativamente por la norma jurídica le está prohibido, por lo tanto, a mi juicio y toda vez

²⁸³ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit., Pág. 312.

²⁸⁴ Escola, Héctor Jorge, Compendio, Op. Cit., Págs. 653, 654 y 655.

que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene los principios jurídicos fundamentales sobre los que ha de construirse el derecho positivo mexicano, creo que la interpretación de la norma constitucional no ha de ser tan restrictiva, en cuanto a los contratos administrativos a los que es aplicable la licitación pública como norma general, debiéndose entender que la regla general para la adjudicación de todos los contratos administrativos es la licitación pública.

Por último, cabe apuntar que los tratadistas que sostienen esta postura, afirman que la libertad del estado, no implica a la existencia de una libertad absoluta para la celebración de los contratos administrativos, para los cuales la norma no prevé un procedimiento específico de selección del cocontratante, ya que éstos han de cumplir cabalmente con los requisitos que regulan el debido ejercicio de la actividad contractual. Sin embargo, debo enfatizar que el ejercicio de la actividad contractual está regulado por la Constitución y las normas que de ella derivan, luego entonces, del proceso administrativo público y como parte fundamental del mismo, en los casos en que se incluye la contratación como una etapa de éste, la licitación pública como regla general que admite excepciones.

3.2.2.- LOS SISTEMAS DE COMPETENCIA O RESTRICCIÓN.

Como resultado de lo antes expuesto, es lógico afirmar que los sistemas de competencia o de restricción, son aquellos en los cuales el derecho establece cual es el procedimiento administrativo que ha de cumplir por el estado para seleccionar a su cocontratante y las más de las veces dicho procedimiento administrativo, establece un sistema de competencia a través del cual finalmente será adjudicado el contrato correspondiente, por excepción, dicho procedimiento no establece un sistema de competencia y determina que los contratos pueden ser celebrados mediante la adjudicación directa del contrato, seleccionando con cierta libertad al cocontratante.

En congruencia con lo expuesto en el punto anterior, los autores mexicanos que tratan el tema, tales como Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁸⁵, éste en lo individual²⁸⁶, y López-Elías²⁸⁷, señalan que los sistemas de restricción, limitan la libertad estatal para

²⁸⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 320 y 321.

²⁸⁶ Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 25 y 26.

²⁸⁷ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 24.

seleccionar a su cocontratante, en razón de que la normativa establece procedimientos administrativos específicos de cumplimiento obligatorio, ya que su omisión implica la nulidad absoluta o lisa y llana del contrato respectivo, sin embargo, subrayan que este sistema no es más que una excepción a la regla general que es la libre elección y basándose en lo expuesto por Gastón Jèze, a quien citan afirmando, que por numerosos que sean los procedimientos restrictivos o por frecuentes sean los casos en que en la norma obligue a cumplir con ellos, la norma general sigue siendo el sistema de libre elección y éstos sólo la excepción.

Berçaitz²⁸⁸ difiere con lo anterior y afirma que la norma establece tan frecuentemente los sistemas de restricción que estos han pasado a ser la norma general y la libre elección la excepción. Cassagne²⁸⁹ concuerda con lo anterior al afirmar que si bien, en los inicios del derecho administrativo, la idea dominante fue que la regla general era el sistema de libre elección y los sistemas restrictivos o de competencia la excepción, señala, que en esto se ha presentado una evolución, en la que la licitación pública se ha tornado en la regla general y los casos de libre elección la excepción.

No con el mismo razonamiento, pero coincido con el autor en cita, en el sentido de que los sistemas de restricción son la norma general y los de libre elección en el sentido apuntado por Escola sencillamente no existen, porque para ello se requiere la existencia de una norma jurídica que los prevea, ello en estricto apego al principio de legalidad, cuyos postulados fundamentales ya fueron expuestos al iniciar este tema y especialmente al analizar los sistemas de libre elección. Por último cabe destacar que para el autor Agustín Gordillo²⁹⁰ la discusión respecto de cual de los dos sistemas es la regla general y cual la excepción en realidad carece de importancia, ya que lo fundamental es indagar como esta resuelto el problema en el derecho positivo y partir de ese punto hacer una explicación del orden jurídico. Entre los sistemas de restricción o competencia, se encuentran la licitación, ya sea pública o privada, y otras clasificaciones más, las llamadas combinaciones entre concurso y licitación, el concurso con las mismas vertientes, la subasta pública o remate, y la contratación directa como excepción reglada.

²⁸⁸ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 312.

²⁸⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 41.

²⁹⁰ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 2º Tomo, Op. Cit. Pág. XII-3.

3.2.2.1.- EL CONCEPTO DE LICITACIÓN PÚBLICA.

Según lo expresan Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁹¹ y Lucero Espinosa²⁹², la palabra "licitación deriva de la palabra latina licitacione, que es un ablativo licitatio-onis, que significa "venta en subasta" y de acuerdo con lo segundo, consiste en la acción de licitar, palabra que es un verbo transitivo que quiere decir "ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda." Concluyen los autores que en derecho administrativo el vocablo licitación se parta de sus orígenes etimológicos y gramaticales para asumir una acepción propia de la norma que la regula.

Los mismos autores explican que seguramente por su origen, se confunde y usa como sinónimos a los términos licitación, subasta y concurso, tal como lo ha hecho nuestra legislación nacional, según quedó expresado en el segundo capítulo de este trabajo, sin embargo, desde el punto de vista jurídico los términos son específicos, para referirse a distintos procedimientos administrativos, que tienen en común su finalidad, que es la de seleccionar a través de un sistema de competencia, a la persona que será el cocontratante del estado en determinado contrato administrativo, si bien, dependiendo del tipo de contrato, será el procedimiento administrativo especial que la norma haya determinado para llevar a cabo esa selección.

Los vocablos licitante y licitador, generalmente son usados de modo inadecuado, especialmente por nuestra legislación, para quien licitante es la persona que presenta postura en un procedimiento licitatorio, según lo expresa actualmente la fracción VII, del artículo 2, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (LOPSRM), al respecto, Fernández Ruiz²⁹³ y Marienhoff²⁹⁴, expresan con toda claridad que licitante es el estado, que llama a licitación y licitador es el oferente, la persona que acude al llamado o participa en el procedimiento para hacer su propuesta u oferta, por tanto, sería recomendable que los legisladores hicieran las adecuaciones de vocablos necesarias para contar con normas que expresen adecuadamente las ideas.

²⁹¹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 321 a 323

²⁹² Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs.27 y 28.

²⁹³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 169 y 170.

²⁹⁴ Marienhoff, Miguel S., Op. Cit. Págs. 225 y 226.

En cuanto a la definición de licitación, existen tantas como autores han tratado el tema, así Berçaitz²⁹⁵, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa²⁹⁶, López-Eliás²⁹⁷, Fernández Ruiz²⁹⁸, Cassagne²⁹⁹, Gordillo³⁰⁰, y Dromi³⁰¹ entre otros, exponen y aportan sus axiomas sobre el tema. En la mayoría de los casos, los autores delimitan la figura jurídica en comento, y dan relevancia a algún o algunos aspectos que ellos, consideran trascendente o fundamental para explicarla, desde esa perspectiva, resulta complejo aportar una definición clara y precisa. Para lograr nuestro propósito analizamos las definiciones con que contamos y de ellas he entresacado los aspectos que resultan reiterativos, en todas, en la mayoría de ellas, e incluso algunos que son destacados eventualmente. Con ello llego a la conclusión de que son éstos aspectos los que dan esencia a dicho procedimiento, y que su sola enunciación será el punto de partida para establecer una definición válida de licitación pública, por lo que puede afirmarse categóricamente que ellos son los siguientes:

- a) Es un procedimiento administrativo especial;
- b) Es substanciado por el un ente estatal en ejercicio de la función administrativa;
- c) Tiene la finalidad de seleccionar a la persona idónea que será el cocontratante;
- d) Se substancia bajo principios jurídicos propios y del procedimiento administrativo general, en lo que no contravengan a los primeros;
- e) La selección del cocontratante, se hace para obtener las condiciones más ventajosas o convenientes para el estado, disponibles en el mercado, en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancia pertinentes;

Conforme a lo antes expuesto, concluyo que la Licitación Pública, es el procedimiento administrativo especial, cuya finalidad consiste en seleccionar a la persona que será el cocontratante del ente estatal en ejercicio de la función administrativa, que además de ajustarse a los requerimientos formulados por el segundo, haya ofrecido las condiciones de mercado más ventajosas. El cual se substancia fundamentalmente, bajo los principios

²⁹⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 314 y 315.

²⁹⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 322.

²⁹⁷ López-Eliás, José Pedro, Op. Cit. Pág. 53.

²⁹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 172.

²⁹⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 46.

³⁰⁰ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-6.

³⁰¹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, 2ª Ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1995. Op. Cit. Pág. 76.

jurídicos de legalidad, oficiosidad, antiformalismo, publicidad, igualdad, y competencia y/o concurrencia, economía, eficiencia, eficacia, honradez, y demás principios aplicables.

Dicho procedimiento consiste en una serie de actos separables y coaligados entre sí, a través de los cuales, se establecen previamente las condiciones de contratación, las cuales son iguales para todos, e innegociables, para que mediante llamado público, las personas interesadas, presenten libremente propuesta secreta, que competirá abiertamente con otras en igualdad de condiciones, las cuales serán dadas a conocer en acto público, para que previa evaluación imparcial, se determine y haga público, aquella que reuniendo las condiciones requeridas, haya ofrecido las de mercado, más convenientes y ventajosas para el estado, ganándose el derecho subjetivo de ser el cocontratante del estado. Todos los participantes en este procedimiento tendrán, según sea el caso, el interés legítimo o el derecho subjetivo de denunciar o exigir el cumplimiento de las normas que prevén el procedimiento, para efecto de lograr la eficacia, eficiencia y honradez de su tramitación.

Dicho derecho a denunciar y requerir la estricta aplicación de las normas jurídicas, no determina que exista un sistema de oposición y contradicción entre los oferentes, como cuando dos partes dilucidan sus derechos ante la autoridad jurisdiccional, pues a diferencia de los procesos de tipo judicial e incluso algunos administrativos, en este caso no existe una confrontación por saber quién tiene la razón, respecto de tal cual cosa, en este caso todos compiten entre sí y el derecho de mérito, que deriva de los principios de los actos separados y coaligados, para hacer valer el derecho a exigir que en el procedimiento imperen la legalidad y equidad para todos los participantes.

Por su parte, el artículo 134 constitucional, en su segundo párrafo, al referirse a la licitación pública, hace una descripción de la forma en que ha de ser substanciada, pero no aporta ninguna definición de éste procedimiento, ya que sólo se limitó a señalar que:

“Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.”

Por su parte, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se refiere a ella en el primer párrafo de su artículo 28, y señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 28.- Los contratos de obras públicas y los de servicios relacionados con las mismas se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la presente Ley.”

De la lectura y análisis de ambos textos, puede concluirse que en este caso lejos de establecer un concepto de licitación pública, primero el constituyente y después el legislador, optaron por la vía más fácil, esto es, limitarse a realizar una descripción genérica del procedimiento y los fines perseguidos por el mismo, pero no complicarse con la formulación de un concepto, es por ello que sólo puede deducirse que se trata de procedimientos que son substanciados bajo los principios de publicidad, igualdad y concurrencia y/o competencia.

3.2.2.2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

De lo ya expuesto, y lo sustentado por la mayoría de los autores que conforman la doctrina jurídico-administrativa, puede deducirse que la licitación pública efectivamente es un procedimiento administrativo especial, tal como lo afirman Dromi³⁰², Gordillo³⁰³, López Elías³⁰⁴, Cassagne³⁰⁵, Escola³⁰⁶, condicionado por su objeto³⁰⁷, según la afirmación hecha por González Pérez, que consiste en seleccionar a la persona idónea que será su cocontratante, mismo que se inicia oficiosamente con una solicitud pública de ofertas, para que en apego a las condiciones previamente determinadas, por el órgano estatal contratante, las cuales no están sujetas a ningún tipo de negociación, todos los particulares interesados, presenten propuestas secretas, que en igualdad de condiciones competirán entre sí, para que aquél las evalúe y determine cual de ellas presenta la más

³⁰² Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 77.

³⁰³ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-6.

³⁰⁴ López-Elías, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 54.

³⁰⁵ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Pág. 46.

³⁰⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 655.

³⁰⁷ González Pérez, Jesús, Procedimiento Administrativo Federal, 1ª Ed. México, Porrúa-UNAM, 1995. Pág. 9.

ventajosa en cuanto a los aspectos de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

A diferencia del procedimiento administrativo general, la licitación pública, es un procedimiento administrativo especial, debido que tiene un objeto específico, que es seleccionar a la persona que será el cocontratante del ente estatal en ejercicio de la función administrativa, para lo cual dicha persona, al igual que otras, tiene que responder al llamado público para hacer ofertas, preparar y presentar su propuesta sujetándose estrictamente al pliego de condiciones previamente formulado, para que en uno o varios actos públicos, se abran las propuestas, las cuales han de presentarse en sobre cerrado, para que posteriormente, el órgano estatal contratante, previa evaluación de todas y cada una de las ofertas, determine quien de entre los oferentes presentó la propuesta de mercado más ventajosa o conveniente para él.

Debido a lo anterior, este procedimiento está sujeto a principios jurídicos propios y al que es la columna vertebral del derecho administrativo, el de legalidad. Sin duda, este procedimiento administrativo especial, fue concebido para efecto de que las decisiones de los agentes del estado estuvieran libres de suspicacias, por ello, siempre está previsto por las normas jurídicas y su tramitación ha de apegarse a ellas, en forma estricta, a efecto de que todos y cada uno de los actos y hechos que lo integran cumplan con la norma, ya que sólo ello es la garantía de que estén libres de corrupción. Sin embargo, eso no fue suficiente, por ello a la par de la legalidad, se implantaron otros principios jurídicos que garantizaran que las adjudicaciones de los contratos fueran efectivamente libres y ellos fueron la publicidad, la concurrencia, y la igualdad.

3.2.2.3.- FINES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

Como ya quedó enunciado, la finalidad inmediata del procedimiento de licitación pública, consiste en ser el medio a través del cual un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, selecciona a la persona que será su cocontratante en algún contrato administrativo, que como ya quedó indicado tiene una intención, la de lograr el interés público, en forma mediata o inmediata, la cual se materializa en la prestación de un servicio público, la construcción de una obra pública, la realización de un suministro durante el plazo previsto, etc., sin embargo, dicha finalidad no es única, a través de la

substanciación de la licitación pública, pretenden no sólo seleccionar a la persona idónea, sino además a la que ofrezca las condiciones de mercado más ventajosas y convenientes; dicho en el lenguaje de nuestra Carta Magna, la que ofrezca las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, esto es, el estado no busca simplemente obtener precios bajos, sino que la prestación sea obtenida de la persona idónea y ésta haya ofrecido las condiciones que mejor cubran sus necesidades, que reiteramos son de interés público.

Pero eso no es todo, el propio mandato constitucional, en el primer párrafo del artículo 134, exige a los servidores públicos, que los recursos del estado sean administrados con eficiencia, eficacia y honradez, principios jurídicos, que se suman a los que rigen este procedimiento administrativo especial, en razón de que dan mayor transparencia, y legalidad, a los actos estatales. Por esa razón, algunos autores han denominado a los principios que norman el actuar de los servidores públicos, como la moralidad administrativa en la licitación pública, tal es el caso de María Sylvia Zanella Di Pietro y Leonel Benavides, citados por López-Elías³⁰⁸, a lo que Gordillo³⁰⁹, responde negativamente, excluyéndola como principio jurídico de la licitación pública³¹⁰, pero en contrapartida argumenta diciendo que uno de los principios de este procedimiento debía serlo el informalismo, ya que en la actualidad el formalismo en la licitación pública es tan severo, que en lugar de permitir una adecuada concurrencia de los particulares al llamado público del estado para ofertar, es un límite a éste, que sólo puede ser combatido con una aplicación razonable del informalismo.

Por otra parte, la forma como está estructurado el procedimiento, tiene la finalidad de evitar o prevenir actos de corrupción, además de lograr a favor de estos últimos una presunción de moralidad administrativa³¹¹, en el sentido de que cumpliendo éstos con las normas que rigen este procedimiento, se fortalece la presunción de que las decisiones tomadas están lejos de estar influidas por el favoritismo o negociaciones propias de la corrupción que tanto indigna a la sociedad, pero que parece inextinguible, ya que entre las empresas constructoras se dice que es necesario tener conocidos en el gobierno para ganar una licitación pública u obtener un contrato.

³⁰⁸ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 79.

³⁰⁹ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-14 a XII-18.

³¹⁰ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 86 a 88.

³¹¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 324.

Tal como lo expresa López-Eliás³¹², la licitación es un procedimiento que estimula la competencia entre los industriales o empresarios dedicados a ciertas ramas del quehacer económico, que inciden en los bienes y servicios que diariamente son requeridos por el estado para la consecución de sus fines, y esa competencia a su vez crea un sistema de autocontrol del procedimiento, pues de ese modo, todos los participantes vigilan, no sólo el actuar del estado, sino el de los demás participantes, cuidando el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma y en el pliego de condiciones, evitando con ello, que las decisiones tomadas en el mismo sean sustentadas en criterios discrecionales, ello ocurre desde el inicio hasta la adjudicación del contrato, pasando claro, por todas y cada una de las etapas del procedimiento.

La toma de decisiones en la adjudicación de los contratos mediante licitación pública, busca obtener las condiciones de mercado más ventajosas para el estado, por ello, lejos de ser un procedimiento automático, en el que se adjudica el contrato a quien presenta la oferta más barata, actualmente prevé una evaluación detallada de las propuestas tanto en el aspecto técnico-administrativo, como en el económico, a efecto de establecer cual es la persona idónea y cual de las que siendo idóneas presentó las condiciones de mercado más ventajosas, ya que el adjudicar los contratos, simplemente a la propuesta más barata, lejos de procurar un beneficio, causa un perjuicio, pues el estado no sólo se enfrentará al incumplimiento del contrato, sino que además tendrá que rescindir el contrato y volver a contratar, todo esto en menoscabo del fin último perseguido con la contratación que es el interés público, el que se verá perjudicado con tardanza en su obtención y mayor costo pues al volver a contratar lo hará a precios más altos.

3.2.2.4.- PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

Como ya lo habíamos expresado, la licitación pública es un procedimiento que participa de la naturaleza administrativa, es especial en razón de que está condicionado por su objeto. Desde ese punto de vista es importante destacar, que el principio jurídico más importante en la licitación pública, como lo es en todo aquello que pertenezca al derecho administrativo, es el de legalidad. Después de él, aplican a este procedimiento, los principios que le son propios y sólo por aplicación supletoria de las normas, los principios

³¹² López-Eliás, José Pedro, Op. Cit. Pág. 57.

del procedimiento administrativo general. Sobre este particular, y en materia de obra pública, debe tenerse presente que el artículo 13, de la LOPSRM, establece que en materia procedimientos procede la aplicación supletoria de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo en primer término y sólo en lo no previsto por ésta lo es el Código Federal de Procedimientos Civiles, esto es, se da preeminencia a la aplicación supletoria de normas administrativas.

En cuanto a los principios que rigen a la licitación pública, en realidad existe una gran divergencia de opiniones respecto de cuantos y cuales son esos principios, cada autor, dependiendo de la estructura del análisis realizado y de su comprensión a cerca de la naturaleza jurídica de este procedimiento administrativo especial, propone la aplicación de tal o cual principio. En términos generales, coincido con la opinión de López-Elías³¹³, Fiorini³¹⁴ y de Escola³¹⁵, quienes señalan que son tres los principios que rigen a este procedimiento, la publicidad, la igualdad y la concurrencia o competencia, aún cuando el segundo varía un poco la nomenclatura de los mismos. No obstante, algunos autores han considerado que al lado de estos principios están otros, así por ejemplo para Dromi³¹⁶ y Fernández Ruiz³¹⁷, señalan a la transparencia, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³¹⁸, consideran a la oposición y contradicción, Gordillo³¹⁹, incluye al informalismo, en el que considera se contiene la igualdad, Berçaitz³²⁰, considera el libre acceso de los que reúnan los requisitos preestablecidos por las normas que la condicionan, Marienhoff³²¹, incluye a la oposición o concurrencia. Como puede apreciarse, las opiniones son muchas y variadas, por ello, desde mi punto de vista, lo mejor será efectuar un análisis de los principios en los que existe coincidencia y señalar otros que resulten trascendentes en estricto sentido se refieren a alguno de los otros ya conocidos, pero por la forma o metodología del análisis efectuado en realidad se refieran a uno de los tres más reconocidos, pero señalando los efectos o resultados de su aplicación.

³¹³ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 79.

³¹⁴ Fiorini, Bartolomé, Op. Cit. Pág. 634.

³¹⁵ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 657.

³¹⁶ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 98 a 104.

³¹⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 172.

³¹⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel. Op. Cit. Pág. 327.

³¹⁹ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-15 a XII-20.

³²⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 323.

³²¹ Marienhoff, Miguel S., Op. Cit. Pág. 201.

3.2.2.4.1.- CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.

En general, se ha señalado que el principio de concurrencia o competencia, asegura al estado, la libre participación de los interesados y lo provee de un mayor número de participantes a los procesos licitatorios, lo cual le permite seleccionar a quien será su cocontratante de entre una variedad importante de propuestas, lo que se concreta en la facultad de efectivamente seleccionar a quien haya presentado la propuesta más conveniente y ventajosa para él.

Así mismo, en la mayoría de los casos, los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³²² y López-Elías³²³ señalan que ello depende de que la convocatoria respectiva, sea publicada con la debida oportunidad para permitir la participación del mayor número de personas interesadas, sin embargo, no creo que sea suficiente la simple publicación oportuna de la convocatoria, además los pliegos de requisitos o bases de la licitación, según lo prevén nuestros ordenamientos en la materia, deben ser vendidas a precios razonables, otorgando todas las facilidades posibles para su consulta y estudio, aún antes de la venta, ya que sólo ello, se permite su oportuna consulta y discusión al interior de las empresas, a efecto de que pueda tomarse la decisión oportuna y adecuada respecto de su adquisición.

Sin embargo, como bien lo señalan Dromi³²⁴ y Fiorini³²⁵, esa participación abundante no sólo depende de la oportuna publicación de la convocatoria, sino del contenido de esta y del pliego de condiciones, ya que en buena medida, el hecho de que el estado incluya bases y cláusulas limitativas y restrictivas, resulta un claro indicio de que lo deseado no es la amplia participación de los interesados, sino la participación de grupos o personas determinados.

Pero esto no quiere decir, que la norma no deba exigir que los interesados cumplan con requisitos mínimos respecto de la idoneidad de las personas, como lo es no sólo su capacidad genérica, (de goce y ejercicio), sino la técnica, económico-financiera y experiencia, además de que dichas personas deberán estar libres de ciertos

³²² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 325.

³²³ López Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 85.

³²⁴ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 99 y 100.

³²⁵ Fiorini, Bartolomé, Op. Cit. Págs. 634 a 636.

impedimentos que la normativa a considerado como indispensables para que la contratación responda a lo que líneas atrás denominamos como moralidad administrativa. Por lo que debe evitarse a toda costa, la utilización de recaudos que impliquen una selección o participación de oferentes tramposa o amañada, por tanto, debe tenerse especial cuidado en evitar la inclusión de requisitos no exigidos por la norma, u otros, si bien previstos, por ella, no en el sentido y con la finalidad con que son utilizados.

Tal es el caso de la experiencia, ya que en la actualidad, se está exigiendo por la gran mayoría de los órganos estatales contratantes, que el interesado en participar, haya celebrado con anterioridad, cuando menos, con tres contratos de objeto similar, lo cual, es una trampa inexcusable, para hacer una selección dirigida de participantes en clara violación a este principio.

Por otra parte, no basta con que la participación sea abundante, para cumplir con este principio también resulta indispensable que ella se dé en un sano ambiente de competencia, pues como lo indica López-Elías³²⁶, supone un ejercicio del comercio y debe estar apoyada en la honorabilidad comercial de cada proveedor o contratista, lo cual resulta de una prohibición implícita para el estado y sus órganos de incluir datos engañosos o que tiendan a hacer incurrir en el error, en cuanto a requisitos exigidos a los proveedores o contratistas, igualmente, tanto en la convocatoria como en los pliegos de requisitos o bases de licitación, se debe evitar la exigencia de cumplir con requisitos que disminuyan, dañen o impidan, la libre participación de los oferentes, en el sentido de actos desleales de comercio, apuntado atinadamente por López-Elías³²⁷.

Como un sistema para verificar la experiencia, la capacidad técnica y económico-financiera, en la mayoría de los países, se instauró el Registro de Proveedores o Contratistas, sin embargo, como ya quedó expuesto en el Capítulo Segundo de este trabajo, desde el año de 1991, este sistema fue eliminado en la legislación mexicana, por lo que desde entonces, dicha verificación se efectúa en cada proceso licitatorio, lo cual hace de la substanciación del mismo un proceso lento y tedioso, especialmente, cuando la participación de los oferentes es abundante.

³²⁶ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 85 y 86.

³²⁷ Ibidem.

Un aspecto importante en la aplicación de este principio, estriba como lo afirma Zubiaur³²⁸, no sólo en lograr un gran número de participantes u oferentes, sino en asegurar la concurrencia y la competencia durante todo el proceso licitatorio, en todas y cada una de sus etapas, lo cual se logra con la estricta aplicación de los otros dos principios, el de igualdad y de publicidad. Asimismo, propone omitir el desechamiento de ofertas que materialmente puedan ser convenientes al interés público, cuando estas adolezcan de omisiones o errores de forma o rituales, mediante la aplicación del informalismo, del cual nos ocuparemos en el siguiente punto.

3.2.2.4.2.- TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (IGUALDAD).

Sin duda, este principio resulta fundamental para la existencia de la licitación pública, por ello, la mayoría de los tratadistas tales como Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³²⁹, Dromi³³⁰, Escola³³¹, Gordillo³³², López-Eliás³³³, y Berçaitz³³⁴, coinciden en señalar su aplicación opera desde el primero hasta el último acto de la misma, pues en la medida en que ello no fuera así, se estaría ante un procedimiento en el que claramente podrían observarse discriminaciones hacia algunos oferentes y tolerancias a favor de otros, lo que implicaría un rompimiento frontal con los principios de eficiencia, eficacia y honradez, que nutren el actuar de los servidores públicos, por mandato constitucional y ello conllevaría a la ausencia de la moralidad administrativa en el procedimiento, consecuentemente a la desconfianza y rechazo de la sociedad respecto de este procedimiento.

La igualdad no sólo debe reflejarse en los requisitos exigidos a los oferentes, sino a la posición de éstos frente al este estatal contratante, y de todos y cada uno de los oferentes, frente a los demás, es decir, para el estado, todos y cada uno de los oferentes son iguales lo que debe traducirse en el hecho de que, en todo momento, todos deben estar en igualdad de condiciones, lo cual se logra requiriendo el cumplimiento de los mismos requisitos a todos por igual, y otorgándoles las mismas prerrogativas, toda vez

³²⁸ Zubiaur, Carlos A., El Principio de Concurrencia en la Licitación Pública. Restricciones y Garantías, en Derecho Administrativo, dirigido por Cassagne, Juan Carlos, SE, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1998. Págs. 903 a 1009.

³²⁹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 325 y 326.

³³⁰ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 100.

³³¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 657.

³³² Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-19.

³³³ López-Eliás, José Pedro, Op. Cit. Págs. 82 a 85.

³³⁴ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 323 y 324.

que en el momento en que algún oferente sufra un acto de discriminación u otro se beneficie con acto de preferencia o que le otorgue ventaja, el principio de igualdad habrá sido violado y el procedimiento licitatorio debe ser declarado nulo por imperar en él la inequidad. En razón de lo anterior, es que cabe afirmar como lo hace López-Elías³³⁵, que el principio de igualdad, se expresa en la igualdad de condiciones para todos lo oferentes, y que sólo sobre esa base es posible dar preferencia a quien ha presentado la propuesta más ventajosa, lo cual sólo, puede hacerse al momento de adjudicar el contrato respectivo, a la persona que siendo idónea presentó la propuesta que ofrece las condiciones de mercado más ventajosas, en igualdad de condiciones con los demás participantes en el procedimiento.

La aplicación de este principio, tal como lo explica López-Elías³³⁶, deriva de lo establecido por el artículo 4º constitucional, mismo que establece la igualdad de todos los gobernados ante la ley y consecuentemente frente al estado, por lo que, en la licitación pública, cualquier acto que de preferencia en beneficio de unos frente a otros, implicará un acto de discriminación no permitido por la norma jurídica. Asimismo, la igualdad ha de reflejarse en los requisitos y condiciones exigidos a los participantes, tanto en la convocatoria, como en los pliegos de condiciones, lo cual se traduce en una serie de derechos a favor de los participantes, según lo refieren el autor de mérito³³⁷ al igual que Dromi³³⁸. Es en razón de lo anterior, que el propio Dromi³³⁹, afirma que una garantía al respeto de este principio lo es la obligación para el estado, de adjudicar y posteriormente formalizar el contrato, con base en lo ofrecido en la licitación pública, lo cual debe tener plena coincidencia con lo requerido en la convocatoria y en el pliego de requisitos o bases de la licitación, por lo que no resulta válido modificar condición o modalidad alguna, en este sentido debe tomarse en consideración lo expresado por Gambier³⁴⁰, en el sentido de que puede darse ese caso y que esté plenamente justificado, sólo que se trata de un supuesto excepcional en el que debe justificarse plenamente la configuración del interés público.

³³⁵ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 83 a 85.

³³⁶ Ibidem.

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 101.

³³⁹ Idem. Pág. 103.

³⁴⁰ Gambier, Beltrán, El Principio de igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos, en Derecho Administrativo, dirigido por Cassagne, Juan Carlos, SE. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot. 1998. Págs. 929 a 945.

En el mismo sentido, tal y como lo expusimos en el capítulo primero de este trabajo, el ejercicio del *potestas variandi*, está limitado por la vigencia del *pacta sunt servanda*, justamente como una garantía al principio de igualdad en la licitación pública, que a decir de Gambier³⁴¹, lo que debe analizarse en toda modificación contractual, es que no se otorgue una ventaja injustificada al contratista, por otra parte, siempre pueda acreditarse la existencia de un interés público que genere la necesidad de la modificación y de ese modo no se conculcará el principio de igualdad de la licitación pública. Así mismo, el autor de mérito³⁴², hace hincapié en que en todo caso para determinar la existencia de una ventaja o no en favor del contratista, debe analizarse con detenimiento la composición de la ecuación económico-financiera, a fin de determinar que la modificación contractual, sencillamente no determine una modificación a ésta que signifique una mejoría de la misma, esto es, que no exista mayor rentabilidad para el cocontratante y sólo exista la justa compensación o indemnización por la realización de los trabajos que originalmente no estaban previstos.

Un aspecto que ha de tratarse al analizar el principio de igualdad, es la propuesta que autores como Gordillo³⁴³, Dromi³⁴⁴ y Zubiaur³⁴⁵, entre otros, en el sentido de que al procedimiento administrativo especial que es la licitación pública, le es aplicable el informalismo, entendido como la facultad del estado, de excusar a los interesados, de no haber cumplido tal o cual requisito formal, exigido en el pliego de requisitos o bases de la licitación, e incluso darle la oportunidad de solventarlo, otorgándole un breve lapso a efecto de que presente el documento faltante o erróneamente formulado. Cabe destacar que la aplicación de este principio es pretendida basándose en que la licitación pública, es un procedimiento administrativo especial y que en forma supletoria le son aplicables los demás principios del procedimiento administrativo general, siendo uno de ellos el informalismo que según González Pérez³⁴⁶, "...supone la interdicción de toda abstención de resolver la cuestión planteada por defectos formales en que hubiesen podido incurrir los interesados, sin haber dado oportunidad a la parte de subsanarlos en un plazo prudencial y suficiente en atención a la naturaleza del defecto." En tal sentido es de señalarse que dicho principio está previsto en los artículos 15 y 43 de la Ley Federal del

³⁴¹ Gambier, Beltrán, Op. Cit. Págs. 937 y 938.

³⁴² Ídem. Pág. 941.

³⁴³ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-15 a XII-20.

³⁴⁴ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 85.

³⁴⁵ Zubiaur, Carlos A., Op. Cit., Págs. 1004 a 1007.

³⁴⁶ González Pérez Jesús, Op. Cit., Pág. 15.

Procedimiento Administrativo, que como ya lo manifestamos es de aplicación supletoria en materia de obra pública, según lo previene el artículo 13 de la ley.

Contra lo antes expuesto, en la doctrina autores como Berçaitz³⁴⁷ y Zubiaur³⁴⁸ han expresado que en la licitación pública, las propuestas presentadas por los participantes, se deben ajustar en forma estricta a los requerimientos contenidos en los pliegos de requisitos o bases de la licitación y no pueden ser modificadas por nadie, con posterioridad al acto de presentación y apertura de las mismas, y que las que no se adecuen estrictamente a esos requerimientos, deben ser desechadas, en ese sentido también se expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, siendo su ponente, el Magistrado Genaro David Góngora Pimentel, ahora Ministro y antes Ex Presidente de dicha Corte, misma que a continuación transcribo:

“LICITACIÓN PÚBLICA. EL CUMPLIMIENTO DE SUS BASES ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA ANALIZAR LAS OFERTAS Y ADJUDICAR EL CONTRATO RESPECTIVO.

De acuerdo a lo que establece el artículo 134 constitucional, la celebración de los contratos de obra pública, está precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación del acuerdo contractual, servirá para seleccionar a su contraparte. A dicho procedimiento se le denomina "licitación", pues a través de él, la administración pública (federal, estatal o municipal), elige a la persona física o moral, que le ofrece las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, eficiencia, eficacia y honradez, para celebrar un contrato determinado y, para ello hace un llamado a los particulares de manera impersonal o personal, para que formulen sus ofertas a fin de llevar a cabo la contratación. En base a dicho precepto constitucional, en México las licitaciones son de tipo público. Según la doctrina, la licitación pública constituye un procedimiento mediante el cual la administración pública selecciona a una persona física o moral, para que realice la construcción, conservación, mantenimiento, reparación o demolición de un bien inmueble o mueble en beneficio del interés general y, que consiste en una invitación dirigida a todos los interesados para que sujetándose a las bases establecidas presenten sus ofertas y de ellas seleccionar a la más conveniente. Los principios que rigen a dicha licitación y las etapas que integran su procedimiento, de acuerdo a la doctrina son los siguientes. Los principios a saber son cuatro: a) concurrencia, que se refiere a la participación de un gran número de oferentes; b) igualdad, que consiste en que dentro del procedimiento de licitación no debe haber discriminaciones o tolerancias que

³⁴⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 324.

³⁴⁸ Zubiaur, Carlos A., Op. Cit. Pág. 1005.

favorezcan a uno de los oferentes en perjuicio de los otros; c) publicidad, que implica la posibilidad de que los interesados conozcan todo lo relativo a la licitación correspondiente, desde el llamado a formular ofertas hasta sus etapas conclusivas; y, d) oposición o contradicción, que radica en la impugnación de las ofertas y defensas de las mismas. Las etapas que integran su procedimiento se dividen en siete: 1. La existencia de una partida presupuestaria por parte de la administración pública; 2. La elaboración de las bases o pliego de condiciones, en donde se detalle la contraprestación requerida. Las bases o pliego de condiciones constituyen un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinadas tanto a la formulación del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detallan en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes, es decir, incluyen por un lado condiciones específicas de tipo jurídico, técnico y económico, las cuales se traducen en verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto a que regulan el procedimiento licitatorio en sí, y por otro lado, incluyen cláusulas especiales que constituyen disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas a los derechos y obligaciones del convocante, oferentes y adjudicatarios. Además, las bases de toda licitación producen efectos jurídicos propios, en cuanto que el órgano licitante no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación, sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de ofertas. Asimismo, las bases obligan a los oferentes hasta el momento en que son descartadas o desechadas sus propuestas, y siguen obligando al adjudicatario, con el contrato mismo, por lo que su modificación o violación, sería una infracción al contrato que se llegue a firmar, ya que las bases de la licitación son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración y de sus contratistas, y por ello sus reglas deben cumplirse estrictamente, en cumplimiento al principio *pacta sunt servanda*. En síntesis las bases son las condiciones o cláusulas necesarias para regular tanto el procedimiento de licitación como el contrato de adjudicación de la obra y que los órganos licitantes tienen amplia facultad para imponerlas. 3. La publicación de la convocatoria. Esta fase es de tal importancia, ya que a través de ella se hace la invitación a las personas físicas o morales que puedan estar interesadas en realizar la obra a licitar y debe hacerse en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico privado de mayor circulación en el país, así como en uno de la entidad federativa, en donde se llevará a cabo la obra pública. 4. Presentación de ofertas. En esta fase los interesados que satisfagan los términos de la convocatoria respectiva tendrán derecho a presentar sus proposiciones y, para ello deberán tener cuidado en su preparación, ya que de la redacción, confección y presentación de la oferta, depende que sea aceptada. Las ofertas deben reunir tres requisitos a saber: a) subjetivos, que se refieren a la capacidad jurídica para contratar de la persona que presenta la oferta; b) objetivos, que se refieren al contenido de la oferta, de acuerdo a lo que establecen las bases; y, c) formales, que se refieren a la confección de la oferta, misma que debe ser en forma escrita, firmada, clara e incondicionada, secreta y debe ser presentada en el lugar y fecha que se haya indicado en la convocatoria. 5. Apertura de ofertas. En ella, como su nombre lo indica, se procederá a la apertura de los sobres que contienen las ofertas de los participantes y se darán a conocer las propuestas que se desechen por no

cubrir con la documentación o requisitos exigidos en las bases de licitación, levantando al efecto un acta circunstanciada de lo que suceda en esta fase de la licitación, en la que se dará a conocer la fecha en que se conocerá el fallo respectivo. 6. Adjudicación, es el acto por el cual el órgano estatal licitante, determina cuál de las propuestas es la más ventajosa o conveniente para la administración pública. Previa a la adjudicación, el órgano convocante, deberá realizar un dictamen técnico en donde deberá considerar 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; y, 7. Perfeccionamiento del contrato, que es la última fase del procedimiento de licitación, en donde una vez que se conozca el nombre de la persona ganadora, el órgano licitante como el adjudicatario procederán a formalizar o perfeccionar el contrato respectivo. Luego, de acuerdo a las anteriores etapas del procedimiento de licitación, la fase más importante de éste, es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, ya que como se indicó en párrafos anteriores, son la fuente principal del derecho y obligaciones de la administración pública y de sus contratantes, y por ello sus reglas o cláusulas deben cumplirse estrictamente, de manera que su violación o modificación después de la presentación de las ofertas, implicaría una violación al contrato que se llegue a firmar, por lo que el organismo o dependencia licitante, al examinar y evaluar todo el procedimiento de la licitación pública, deberá revisar como una obligación primaria e ineludible los requisitos de forma, que son esencia y sustancia del contrato que se llegue a concretar, es decir, deberá verificar si los oferentes cubrieron con cada uno de los requisitos que se fijaron en las bases y si dicho procedimiento fue seguido en todas sus etapas sin infracción alguna al mismo, pues sólo de esa manera se puede lograr que el contrato respectivo no esté viciado de origen, ya que de existir irregularidades en el procedimiento o incumplimiento de las bases de la licitación por otra parte de alguno de los oferentes, sin que el órgano convocante las tome en cuenta, no obstante su evidencia o trascendencia, y adjudique el contrato al oferente infractor, tanto el licitante como el oferente ganador infringirían el principio, no sólo ya de derecho administrativo derivado de la naturaleza de los contratos administrativos, consistentes en el pacta sunt servanda, sino también por acatamiento a la ley administrativa (Ley de Obras Públicas y su Reglamento), viciando de esa forma el contrato respectivo; por tanto, el organismo convocante al adjudicar un contrato de obra pública, siempre debe verificar en principio los requisitos de forma para que después analice las propuestas en cuanto a su contenido o fondo, todo ello conforme a las reglas que se hayan fijado en las bases o pliego de condiciones de la licitación.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. I. 3o. A. 572 A

Amparo en revisión 1283/94. EMACO, S.A. de C.V. 14 de julio de 1994. Mayoría de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jacinto Juárez Rosas.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo XIV-Octubre. Tesis: I. 3o. A. 572 A Página: 318. Tesis Aislada."

Ante ello, la respuesta doctrinal e incluso legislativa, ha sido en el sentido de que en las convocatorias y en los pliegos o bases de la licitación se evite hacer requerimientos excesivamente formales o de carácter ritual, esto es, se deben eliminar los recaudos excesivos, la severidad en la revisión y admisión de las proposiciones, así como también, la exclusión ante omisiones intrascendentes, es decir, que debiese prevalecer cierto informalismo, ya que ello asegura una mayor concurrencia y afluencia de participantes, que benefician al proceso en la medida en que existen mayores opciones para seleccionar la propuesta que ofrezca condiciones más ventajosas. Sin embargo, en algunos casos la propuesta de informalismo, desde mi punto de vista, llega al exceso, ya que si bien, por un aparte pretende discernir entre defectos esenciales y no esenciales³⁴⁹, por la otra, propone el rompimiento o violación al principio de igualdad, al proponer que se permita el saneamiento de las proposiciones en los aspectos no esenciales, sin embargo, lo que se olvida en este punto, es que ello depende de actos discrecionales de los servidores públicos y esto puede dar origen a desacreditar el procedimiento de licitación pública por actos de corrupción, que de por sí, ya lo vulneran.

Finalmente, por lo que hace a la denominación de éste principio, Fiorini³⁵⁰, propone que se denomine Correcto Tratamiento, esto debido a que desde su punto de vista el principio sólo es analizado respecto de lo que acontece con la conducta del estado y generalmente es obviado lo atinente a la actividad, que en el procedimiento, tiene los interesados participantes, cuyos actos y trato ante el estado deben ser correctos. Desde mi punto de vista en estricto sentido el tratadista tiene razón en cuanto a que generalmente se ha visualizado el resultado del trato que el estado otorga a los particulares en este procedimiento, sin embargo, no me resulta claro que el "Correcto Tratamiento", sea un principio jurídico, en todo caso, el principio jurídico de igualdad ha de ser identificado como de trato justo y equitativo, que resulta en un trato imparcial, equitativo para los particulares que han concurrido al llamado estatal para presentar propuestas, esto es, un trato en igualdad de condiciones, pero en lo referente a que en este principio también se refleje el trato o la actitud de los particulares en el procedimiento, me parece que en realidad, ello está debidamente analizado en el principio de concurrencia y competencia, ya que para que la licitación no es una disputa, no por saber quien tiene la razón o no en un asunto, sino una contienda por saber quien, con estricto apego a las normas

³⁴⁹ Zubiaur, Carlos A., Op. Cit. Pág. 1007.

³⁵⁰ Fiorini, Bartolomé, Op. Cit. Págs. 636 a 640.

preestablecidas y por todos conocidas, es decir, en apego al principio de legalidad y publicidad, se ha esforzado para elaborar y presentar con honestidad, sin ventaja alguna, la mejor propuesta o la más conveniente.

En materia de obra pública, la Ley establece en sus artículos 33, segundo párrafo del 27 y 38, cuarto párrafo, que en los pliegos de requisitos o bases de la licitación, se debe hacer el señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, esto es, ratifica la plena vigencia del principio de igualdad; que en todos los procedimientos de contratación se deben establecer los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes. Respecto de la aplicación del informalismo la norma determina en el último de los imperativos legales en cita que:

“No serán objeto de evaluación las condiciones establecidas por las convocantes que tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito, cuyo incumplimiento por sí mismo, no afecte la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los licitantes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus propuestas.”

De lo anterior, debe concluirse que en nuestro caso, la legislación vigente, ha conservado la plena vigencia del principio de igualdad, no sólo indicando que el procedimiento debe substanciarse exigiendo a los participantes igualdad de condiciones, sino sancionando con la inobservancia del mismo con la descalificación de las propuestas que no cumplan con el mismo, pero a la vez, ha introducido normas que tienden a un informalismo leve, o por decirlo de otro modo evitan un formalismo exagerado, pero sin llegar a un informalismo tal, que implique la violación del principio permitiendo la subsanación o saneamiento de los defectos que pudieran existir en las propuestas presentadas.

3.2.2.4.3.- PUBLICIDAD.

En cuanto al principio de publicidad, en la doctrina, específicamente entre autores como Berçaitz³⁵¹, Escola³⁵², Gordillo³⁵³, Fiorini³⁵⁴ López- Elías³⁵⁵, y Delgadillo Gutiérrez y Lucero

³⁵¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 323.

³⁵² Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 657 y 658.

Espinosa³⁵⁶, casi existe criterio unánime respecto de sus efectos y alcances en la licitación pública. Así este principio es concebido como la posibilidad de que todos aquellos que tengan interés en contratar con el estado, tengan acceso público a todos los documentos de la licitación iniciando con la convocatoria o llamado para la presentación de ofertas, hasta el acto de adjudicación del contrato. En algunos casos se ha dicho que esta garantía ha de ir más allá del procedimiento licitatorio y ha de reflejarse en el conocimiento del contrato celebrado, los términos en que fue suscrito e incluso de su cumplimiento, dando a quienes participaron y al público en general, la posibilidad de conocer todos esos datos, para así lograr el fin último de éste principio, la transparencia que robustece a la moralidad pública.

Para Gordillo³⁵⁷, la aplicación de éste principio debiera iniciarse por el conocimiento público de la formulación de los pliegos de requisitos o bases de la licitación e incluso dar derecho a los interesados para impugnarlos judicialmente. Esto me parece una exageración en la defensa de los derechos de los gobernados, toda vez que en estricto sentido, son las normas jurídicas como la LOPSRM y el RLOPSRM, las que establecen, en términos generales, cual debe ser el contenido de esos documentos, y a los entes estatales contratantes, sólo les queda establecer los datos de detalle de la obra pública que específicamente debe ser contratada, que hacen posible la substanciación del procedimiento, por lo que hasta ese momento no se ha emitido ningún acto administrativo que pueda causar dalo alguno a los particulares.

Abundando en lo anterior, la posibilidad de impugnar este tipo de documentos aún antes de haberse iniciado el trámite de la licitación pública, resulta insostenible desde el punto de vista jurídico, ya que en todo caso, el presunto interesado, desde el punto de vista procesal sólo es titular de un interés legítimo en que se cumpla con la norma jurídica, y en tal supuesto, sólo puede presentar una queja, al presumir la existencia de violaciones a los preceptos legales, por lo que difícilmente, podrá acreditarse que el particular sea titular de un derecho subjetivo que le permita impugnar dicho documento y ser parte interesada en el procedimiento respectivo, en razón de que hasta ese momento, no existe un acto de

³⁵³ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-8 a XII-11.

³⁵⁴ Fiorini, Bartolomé, Op. Cit. Págs. 640 a 642.

³⁵⁵ López- Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 80 y 81.

³⁵⁶ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 326 y 327.

³⁵⁷ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-8 a XII-11.

autoridad que le cause daño o perjuicio alguno específico, pues en estricto sentido es un proyecto de pliego de requisitos o bases de licitación para un procedimiento licitatorio, que aún no se tramita, por tanto no afecta interés jurídico alguno. Viendo más a futuro, puede darse el caso, de que de permitirse lo propuesto por el autor de mérito, el particular impugne las bases de la licitación o pliego de requisitos, y finalmente no participe en el proceso licitatorio.

Como ya se dijo este principio rige en todo el procedimiento, desde el momento en que se hace el llamado para presentar ofertas hasta que termina, lo cual quiere decir que por su instrumentación, tanto los participantes, como el público en general, pueden y deben tener conocimiento de todas y cada una de las etapas del procedimiento, con una excepción, ni los licitadores ni el público en general, pueden válidamente intervenir en la etapa de evaluación de las proposiciones, ya que esta es una facultad del estado, en donde realiza actos que en ese momento no puede ser del conocimiento público, aunque si son hechas de su conocimiento en el momento en que se adjudique el contrato, sin embargo, esto no quiere decir, que dejen de hacer públicos los dictámenes y actos administrativos que deciden a cerca de la admisión o el desechamiento de las proposiciones.

Por último, como lo afirma Escola³⁵⁸, la adecuada publicidad de los actos del procedimiento licitatorio, hace que este fuera de toda sospecha de corrupción fortaleciendo la moralidad administrativa y asegura el mantenimiento de los principios de oposición, concurrencia e igualdad. En materia de obra pública, este principio de publicidad está presente desde la convocatoria, las bases de la licitación, las modificaciones a ambas, la junta de aclaraciones, en su caso, la visita al sitio de ejecución de los trabajos, el acto de presentación y apertura de las propuestas, en sus dos etapas, y en la adjudicación del contrato, denominada fallo en la ley.

3.2.2.4.4.- OTROS PRINCIPIOS APLICABLES A ESTE PROCEDIMIENTO.

Como ya quedó enunciado, los principios jurídicos antes tratados, son propios de la licitación pública, según la mayoría de los tratadistas, pero ello, no quiere decir que sean

³⁵⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 657.

los únicos que inciden en este procedimiento administrativo especial, efectivamente, como ya se había esbozado, esto no es así para la totalidad de ellos, ya que algunos consideran la aplicación de otros principios. Para efecto de no omitir esas opiniones de éste trabajo, a continuación realizaré un análisis somero de esos puntos de vista, a los que agregaré mi punto de vista.

Para Dromi³⁵⁹ y Fernández Ruiz³⁶⁰, la transparencia en la licitación pública, es un principio que rige a este procedimiento administrativo especial, y en términos generales lo definen como la diafanidad del obrar público y del privado, cuando se conjugan para substanciar este procedimiento administrativo especial, y se refleja en la posibilidad de que los participantes en el mismo, así como el público en general, conozcan del manejo de los fondos públicos, y que quienes participan en él, lo hacen bajo condiciones de competencia equitativa, es decir, en igualdad de condiciones, en el sentido de que conocen las condiciones y requisitos bajo las cuales se celebra, por lo que los acatan voluntariamente, sino además conocen las causas, razones y motivos de todas y cada una de las resoluciones emitidas a lo largo de su tramitación, en todas sus etapas, gracias a que se informa con oportunidad, claridad y eficiencia.

Desde mi particular punto de vista, la transparencia en este procedimiento, deriva de la aplicación de todos y cada uno de los principios que lo nutren. Así las cosas, se pueden hacer varios cuestionamientos ¿cómo entender que este procedimiento fuera transparente, si no se substanciara en condiciones de igualdad para todos los participantes? En otra vertiente, ¿cómo entender que se pretenda hablar de un procedimiento transparente, en el que las decisiones tomadas no se apegan a la legalidad?, o más aún ¿cómo entender que se trate de un procedimiento tachado de transparente, si todas y cada una de sus etapas se desarrollan en secreto, con tanto sigilo, que nunca se sabe nada a cerca del manejo de los recursos públicos, del comportamiento de los participantes, si las resoluciones emitidas fueron apegadas a derecho y se expusieron las razones y las causas que los motivaron? En fin, las preguntas de este tipo pueden ser innumerables, pero desde mi punto de vista la transparencia es un resultado, no un principio en sí mismo. Es consecuencia de la aplicación clara de los principios que rigen a este procedimiento, como son la

³⁵⁹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 104.

³⁶⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 172.

conurrencia o competencia, el trato equitativo o igualdad y la publicidad, sumándose a todos ellos la legalidad, porque ¿qué sería de todos ellos?, en el caso de que el procedimiento finalmente se alejara de la debida legalidad.

Como ya lo énuencie también, la legalidad, es un principio plenamente aplicable a este procedimiento, en cuanto a que no se trata de un procedimiento cualquiera, sino que se trata de uno administrativo, y a todos los procedimientos que derivan del derecho administrativo les aplicable este principio por ser el basamento en que se construye esta rama del derecho. Desde este punto de vista, estoy de acuerdo con Dromi³⁶¹, en el sentido de que los principios generales del procedimiento administrativo son aplicables a este que está condicionado por su objeto, y entre ellos el más importante y trascendente, es el de legalidad, con todo lo que ello implica, incluyendo la oficiosidad, ya que la tramitación depende fundamentalmente del impulso que momento a momento le da el estado con los actos que realiza, lo cual resulta por demás lógico, si se considera que él es el primer gran interesado, y claro las personas físicas y morales que participan en una competencia equitativa, al igual que el informalismo, de cuyos límites de aplicación ya hemos dado cuenta.

Otro principio que se ha sustentado rige a la licitación pública es el de oposición o concurrencia, propuesto y sustentado por Marienhoff³⁶², por otra parte, también se ha dicho que la oposición o contradicción, son un principio de este procedimiento, esto es sostenido por los autores Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³⁶³ y por éste último en lo particular³⁶⁴: Por supuesto que la oposición, no es sinónima de concurrencia, sino más bien, se da la oposición entre los participantes derivado de la aplicación del principio de libre concurrencia, cuyos límites y alcances ya han sido expuestos líneas arriba. De cualquier modo, la oposición o contradicción como lo expone el autor citado en último término, deriva de la aplicación del principio del debido proceso legal, como garantía individual, prevista por artículo 14 constitucional, cuyo alcance puede observarse en el derecho de los interesados a intervenir en el procedimiento, cuando se controviertan sus intereses, e incluso facultándolos para impugnar las propuestas de los demás

³⁶¹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 82 a 85.

³⁶² Mareinhoff, Miguel S., Op. Cit. Pág. 200.

³⁶³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 327.

³⁶⁴ Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 35 y 36.

participantes, cuando a su juicio el punto controvertido afecte a su propuesta, o las de los demás no cumplan con lo exigido en el pliego de requisitos o bases de la licitación.

Al respecto debe tenerse presente que los particulares interesados, es decir, los licitadores, participan en este procedimiento en una competencia abierta, con los demás participantes, a efecto de previa evaluación de sus propuestas, el ente estatal contratante de que se trate, determine cual de todas ellas es la que ofrece las condiciones de mercado más convenientes o ventajosas. En ese ambiente de competencia abierta, es claro y lógico que los intereses de los participantes sean opuestos entre sí, ya que todos y cada uno de ellos desea que sea su propuesta, la que finalmente sea seleccionada, esto es, declarada la más ventajosa o conveniente, por ofrecer las mejores condiciones vigentes de mercado, es por ello que participan y ponen el mayor de sus esmeros en la formulación de sus ofertas, pues desean ser ellos y no cualquiera de los otros quien sea designado como adjudicatario del contrato respectivo. Pero esa competencia se da en un ambiente de igualdad entre los oferentes, haciendo del conocimiento de todos ellos los pasos dados en cada etapa del procedimiento, es decir, aplicando el principio de publicidad durante todo el procedimiento, como ya quedo explicado al tratar este principio.

Por lo anterior, es que desde mi punto de vista, la oposición o contradicción no es un principio especial que rijan a la licitación pública, sino que más bien, se trata del resultado de la aplicación de los tres principios que le dan su calidad de procedimiento administrativo especial, pero específicamente, en todo caso, es el resultado de la aplicación del principio de concurrencia y competencia, ya que es ésta última, la que da lugar al derecho de participar y en su caso quejarse de las decisiones tomadas por la autoridad, pero en realidad nunca entra en una confrontación o enfrentamiento jurídico con quienes son sus competidores, lo que hace es reclamar a la autoridad que sus actos no se apegaron a la legalidad.

La oposición o contradicción entre los participantes, y en todo caso también deriva de la aplicación de los principios del procedimiento administrativo general, en tanto que participa de la naturaleza de este, sólo que está condicionado por su objeto, el cual consiste en una competencia cuyo resultado final será seleccionar a la persona que será el cocontratante del estado, en el que se tiene derecho a exigir que se cumpla con las normas que lo regulan y para ello se apliquen los principios de concurrencia y

competencia, publicidad y trato equitativo a todos los participantes, pero nunca entra en confrontación con sus competidores, ya que en estricto sentido en los procedimientos previstos por la norma como el de inconformidades, lo que se reclama es la ilegalidad de los actos administrativos de la autoridad al considerar que tal o cual propuesta cumplió o no con los requisitos exigidos, pero no es un litigio entre los participantes, por tanto, difícilmente puede acreditarse que exista tal principio de oposición y contradicción, en todo caso se trata de la aplicación de los principios de los actos separables y coaligados a que ya me he referido.

3.2.3.- FASES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

Como todo procedimiento, la licitación pública está conformada sistemáticamente por una serie de etapas, concatenadas entre si, que deben ser cumplidas en su totalidad para así lograr la finalidad perseguida, que consiste en seleccionar a la persona que será el cocontratante del estado de que se trate. En general la doctrina administrativa no ha sido unánime en cuanto a establecer el nombre y la cantidad de etapas de que consta la licitación, por tanto, los planteamientos en ese sentido varían desde considerar 3 como son al pliego de requisitos, el llamado a ofertar, y la adjudicación, como lo hace Berçaitz³⁶⁵, 6 entre las que se encuentran la elaboración de las bases, la elaboración y publicación de la convocatoria, la entrega de las bases de la licitación, la elaboración y entrega de las proposiciones, la apertura de éstas y la emisión del fallo, como lo hace Fernández Ruiz³⁶⁶, 7 según propone Lucero Espinosa³⁶⁷, 8 como lo hacen Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³⁶⁸ y hasta 11 etapas como lo propone López-Elías³⁶⁹, todo esto según se pretenda subdividir ciertas etapas o dar relevancia a ciertos actos que forman parte de ellas. Específicamente, en este trabajo nos referiremos a las siguientes etapas: a).- Autorización Presupuestaria; b).- Pliego de Condiciones o Bases de Licitación; c).- Llamado a la Licitación o Publicación de la Convocatoria; d).- Preparación de las Propuestas; e).- Acto de Presentación, Apertura y Evaluación de las Proposiciones u Ofertas; f).- Adjudicación, y g).- El Perfeccionamiento o formalización del contrato.

³⁶⁵ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 326 a 336.

³⁶⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 173 a 186.

³⁶⁷ Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 40.

³⁶⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 328.

³⁶⁹ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág.98.

Dado el objeto de este trabajo, en este apartado me referiré especialmente a la forma y términos en que la licitación pública está normada en nuestra legislación vigente, para la celebración de contratos de obra pública y servicios relacionados con las mismas, por lo que dejaremos de lado las disposiciones que en razón de la naturaleza de ciertos contratos determinan algunas normas.

3.2.3.1.- AUTORIZACIÓN PRESUPUESTARIA.

Tal como fue expuesto en los capítulos precedentes, el proceso administrativo público, consta de varias etapas, a saber, planeación, programación, presupuestación, contratación, ejecución y control. La licitación pública, está ubicada en la cuarta, que es la contratación, esto es, antes de este momento, la decisión de sí una obra pública ha de ejecutarse o no, debe pasar por varias etapas del citado proceso, las cuales, en materia de obra pública están reguladas en la ley de la materia desde 1980 y perduran hasta la fecha. El primer párrafo del artículo 1, de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas (LOPSRM), establece que:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen...”

Desde esa perspectiva, es indudable que antes de iniciar una licitación pública, la decisión que a ello conlleva ha pasado por un largo recorrido. Planear significa trazar o formar la estrategia para lograr un objetivo, u objetivos. Como ya se explicó en el capítulo primero de este trabajo, con la creación del capítulo económico de la Constitución, se creó e instituyó la rectoría económica del estado, el sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, y se establece las áreas estratégicas y prioritarias del desarrollo nacional, el segundo de esos principios está regulado por la Ley de Planeación. El artículo 26, constitucional en su parte conducente establece que:

“Artículo. 26.- El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la



participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.”

En los artículos 3 y 21 de la Ley de Planeación, se define la planeación nacional de desarrollo como la ordenación racional y sistemática de acciones que, basándose en el ejercicio de las atribuciones del poder ejecutivo federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales, cuyo propósito es la transformación de la realidad del país; siendo encomendada su realización al plan nacional del desarrollo, en dicho documento, previo diagnóstico del estado que guarde la nación, se deben establecer el objetivo general y los específicos de la actividad gubernamental durante el lapso de seis años o sexenio; así mismo, en el documento se comprometen las estrategias, las prioridades, las líneas de acción, y las metas a cumplir en ese período. Como una excepción a lo antes dicho, el Plan Nacional de Desarrollo para el período de 2001 a 2006, puede describirse como un buen diagnóstico de la situación que prevalecía hasta el momento de su formulación, sin embargo, carece de objetivos generales, específicos, estrategias, etc., dejando que los programas que emanan de él los determinen, por lo que en estricto sentido no cumple con su cometido.

En concordancia con lo anterior, los artículos 17 de la LOPSRM y 6 del RLOPSRM, establecen que toda obra pública debe corresponder al cumplimiento de una meta, la cual debe estar prevista en un programa, basado en el plan nacional de desarrollo y contar con la previsión presupuestal correspondiente, lo cual significa que en estricto sentido el precepto no sólo incluye a la planeación como actividad sino a la programación y presupuestación, con lo que va más allá de lo enunciado en el mismo, tal vez, es por ello, que sin embargo, la norma reglamentaria, establece una serie de actividades específicas que dependiendo de las características, complejidad y magnitud de cada de los trabajos, habría de realizar en esta etapa, lo cual excede el ámbito de la planeación, el cual se entiende es conceptual y de metas, ya que en ella se carece de documentos específicos que permitan prever la ejecución de otras acciones como lo son los proyectos ejecutivos de obra pública, como la coordinación específica interdependencias y entidades, siendo que en ese momento sólo puede preverse en forma genérica. Ejemplo de ello, es que obliga a prever las acciones a realizar en el caso de obras multianuales, para dar

suficiencia presupuestal en los primeros meses del año, cuando en ese momento al carecer del proyecto no se pueden establecer los montos a invertir en cada ejercicio presupuestal. Realizar el análisis del costo-beneficio, siendo que ello sólo es posible con el desarrollo de los proyectos arquitectónicos y de ingeniería de tipo conceptual. Integrar en los proyectos los avances tecnológicos que corresponda. Prever los trabajos de conservación y mantenimiento de tipo rutinario y los que incrementan el valor de los inmuebles, lo cual, reitero que sólo es posible, cuando ya se cuenta con un proyecto ejecutivo de obra pública. Una acción realista es dar prioridad a las obras en proceso.

La formulación de proyectos, esta regulada por los artículos 18 de la LOPSRM y 8 del RLOPSRM, los cuales establecen como premisa para la realización de un estudio o proyecto, se debe verificar en los archivos propios y de las dependencias coordinadoras de sector, si existen estudios o proyectos similares, ya que en caso de existir sólo procederá realizar las actividades necesarias para su adecuación, actualización o complementación. Para efecto de lo anterior, cada dependencia coordinadora de sector debe establecer bases de datos respecto de los estudios y proyectos realizados por ellas mismas y por las entidades por ellas coordinadas y éstas últimas, tienen la obligación de enviar a las primeras toda la información que generen, treinta días después de concluido el estudio o proyecto de que se trate, además de estar obligadas a remitir esa información al integrante del ejecutivo federal que lo solicite.

Respecto de la Programación y Presupuestación, los artículos 19, 20 y 21 de la LOPSRM, establecen que en la realización de las mismas, debe preverse el cumplimiento de la normatividad que en materia asentamientos humanos, desarrollo urbano, y construcción rijan en el lugar donde vayan a ejecutarse; que previamente deberán tramitar y obtener con oportunidad los dictámenes, licencias, permisos, y derechos necesarios para ello, incluyendo los de propiedad del predio o predios donde deban ser ejecutadas; así como tomar en cuenta los efectos que sobre el medio ambiente pueda causar su ejecución, con sustento en la evaluación de impacto ambiental, que en su caso deba formularse, por lo que los proyectos deberán incluir los trabajos que tiendan a su preservación o restitución; así mismo, dependiendo de las características, complejidad y magnitud de cada obra, se deben formular los programas anuales de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas, incluyendo las obras multianuales, así como sus respectivos presupuestos. Para lo cual, la norma prevé una serie de acciones sistemáticas de modo tal que no exista

improvisación en la ejecución de cada obra pública o servicio relacionado con la misma, por ello exige formular estudios de preinversión, los objetivos y metas a cumplir a corto, mediano y largo plazo, con una visión global de las obras, para evitar la contratación de los trabajos *imprevistos*, por cualquier causa, para lo cual los proyectos ejecutivos de cada obra pública deben usar unidades de medida reconocidas legalmente ya sea nacional o internacionalmente, la coordinación de acciones entre las distintas áreas gubernamentales, la programación o calendarización de su ejecución, tanto física como financiera, señalar las unidades administrativas responsables de su ejecución, la realización de todos los estudios, proyectos y asesorías necesarias para su debida ejecución, verificar la tenencia del predio o predios o realizar su adquisición, obtener las licencias y permisos requeridos por las autoridades locales, el presupuesto de cada obra, ya sea que se realice por contrato o administración directa, los trabajos de mantenimiento de todos los inmuebles a cargo de cada dependencia o entidad, y que todas las obras permitan el acceso y uso a todo tipo de personas sin barreras o impedimentos arquitectónicos de ningún tipo.

Como se deduce de lo anterior, no es sino hasta el momento en que se desarrollan los proyectos, que resulta posible ejecutar las acciones previstas en el artículo 6 del RLOPSRM, ya comentadas, por lo que en estricto sentido ha de considerarse que dichas acciones deben formar parte de las directrices a tenerse en cuenta para la formulación de los programas de obras.

También se estableció la obligación de dar a conocer al público en general, los Programas de Obras, de todos y cada uno de los integrantes del Poder Ejecutivo Federal, a más tardar el último día del mes de marzo de cada año. Dichos programas también deben ser remitidos, vía electrónica, a la Secretaría de Economía, para efectos de difusión a través de medios informáticos, por lo que su contenido no tiene carácter vinculante con los interesados en materia de contratación, ya que incluso se permiten a quienes los formulan realizar todo tipo de modificaciones, adiciones, suspensiones y cancelaciones.

Por lo que hace a la aplicación de la normatividad presupuestaria, en la LOPSRM se establece que el gasto para las obras públicas y servicios relacionados con las mismas debe cumplir con las disposiciones específicas del Presupuesto de Egresos de la

Federación, así como a lo previsto en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y demás disposiciones aplicables, que son el Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal.

Se establece como regla general que sólo podrá iniciarse un procedimiento administrativo de contratación, cuando se cuente con la autorización global o específica emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya sea que se trate de presupuesto de inversión o de gasto corriente, conforme a los cuales, deberán elaborarse los programas de ejecución y de pagos; como excepción a ello se prevé que podrá convocarse sin contar con dicha autorización, pero ella deberá ser otorgada antes de que termine de substanciarse el procedimiento, ya que es requisito sine qua non para formalizar el contrato respectivo. Igualmente se determina que para realizar las obras públicas requerirán contar con los estudios y proyectos, especificaciones de construcción, normas de calidad y el programa de ejecución totalmente terminados, o bien, con un avance en su desarrollo que permita a los licitantes preparar una propuesta solvente y ejecutar ininterrumpidamente los trabajos hasta su conclusión, lo cual es imprescindible para formular el presupuesto, ya que sin un proyecto con gran avance en su ejecución, cualquier presupuesto será estimativo pero total, por tanto, resulta indispensable que la norma sea cumplida en sus términos y no aproximadamente, como se pretende al formular presupuestos con base en cifras índice como el costo por metro cuadrado de tipo de construcción, procedimiento que resulta válido sólo hasta la etapa de planeación, es decir, cuando se tiene una idea general de lo que se quiere ejecutar pero todavía no se desarrolla cuando menos el proyecto conceptual respectivo, que permita hacer más específico el planteamiento general hecho en dicha etapa.

En el caso de las obras multianuales, esto es que su ejecución será en varios ejercicios presupuestales, el presupuesto también debe ser total, por ello, la norma determina que es así como ha de calcularse. Debido a que el presupuesto actualizado será la base para solicitar la asignación de cada ejercicio presupuestal subsiguiente, para su cálculo y determinación se deben considerar los costos que, en su momento, se encuentren vigentes, debiendo tomar en cuenta las previsiones, de tipo presupuestal, necesarias para los ajustes de costos y convenios que aseguren la continuidad de los trabajos.

Un aspecto que resulta innovador, en la actual legislación, es lo previsto por el artículo 10 del RLOPSRM, mismo que establece un sistema de control para la autorización de los proyectos, al determinar que los servidores públicos que decidan y aprueben los proyectos para la realización de obras o servicios, serán responsables de vigilar que las acciones, planes y programas se lleven al cabo conforme a lo previsto y autorizado, así como de todas las modificaciones que se realicen a dichos proyectos. En ese sentido, responsabiliza a los integrantes de las unidades administrativas responsables de la formulación de los proyectos arquitectónicos o de ingeniería, ya sea que estos sean realizados con recursos propios o por contrato, del adecuado cálculo y determinación de los presupuestos totales de cada obra, incluyendo las multianuales, y para ello deben prever los periodos necesarios para la elaboración de los estudios y proyectos específicos de ingeniería, arquitectura y de instalaciones, en su caso, periodos de prueba, normas de calidad y especificaciones de construcción; el análisis costo beneficio que elaboren, conforme a las disposiciones que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; bases de licitación y modelos de contratos necesarios para la realización de los trabajos.

Por su parte, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (LPCGPF), y su Reglamento (RLPCGPF), establecen que las actividades de programación, presupuestación, control y evaluación del gasto público federal están a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a quien faculta para dictar las disposiciones procedentes para el eficaz cumplimiento de dichas atribuciones, las cuales señala son de obligada observancia para los integrantes del poder ejecutivo federal, mismas que han de ser expedidas mediante acuerdos, circulares u otros medios. Con fundamento en lo anterior, la citada dependencia del ejecutivo federal, emitió el Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal (MNPAPF), (la inconstitucionalidad de este tipo de normas ya la hemos comentado en este trabajo), el cual en su Capítulo VIII, denominado Inversión Física, establece que ésta, debe ser ejercida con cargo a los conceptos de gasto incluidos en los Capítulos 5000 Bienes Muebles e Inmuebles y 6000 Obras Públicas, es de señalarse que el gasto público para su mejor manejo y comprensión ha sido dividido en capítulos de gasto, que es el nivel mayor de agregación, un nivel intermedio que el concepto de gasto y por último la partida de gasto, según puede observarse en el Clasificador por Objeto del Gasto para la Administración Pública Federal, (otra norma reglamentaria emitida por la misma dependencia, por tanto, inconstitucional); que dicho ejercicio incluido en programas y

proyectos de inversión, podrá ser diferido o cancelado por la citada Secretaría, en coordinación con las dependencias, (dicha norma considera como tales a las secretarías de estado, incluyendo a sus respectivos órganos administrativos desconcentrados, a la Procuraduría General de la República, a los tribunales administrativos, a las unidades administrativas de la Presidencia de la República y a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, salvo mención expresa), cuando las condiciones técnicas, económicas y financieras lo ameriten.

Con el objeto de establecer un control eficaz, respecto de los programas y proyectos de inversión, que se ejecuten por parte del poder ejecutivo federal, en la misma norma, se crea un Registro de Programas y Proyectos de Inversión, bajo el apelativo de Cartera, el cual está a cargo de la citada secretaría de estado.

Para efecto del funcionamiento de dicha Cartera, se establece como obligación de las denominadas "dependencias", la formulación anual de un documento de planeación, en el cual han de identificarse los programas y proyectos de inversión en proceso y los que se pretende ejecutar en años futuros (la norma no señala con precisión a cuantos años ha de efectuarse la prospectiva, sin embargo, debido a que los proyectos y programas de mérito se ligan íntimamente con el Plan Nacional de Desarrollo, y los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales, que de él se derivan, resulta claro que dicha planeación debe ser a seis años cuando más y se irá disminuyendo, conforme avance cada sexenio), para ser incluidos en la citada Cartera; los programas y proyectos de inversión deben contar con un análisis de costo y beneficio o bien con un dictamen de experto en tratándose de proyectos en materia de infraestructura de hidrocarburos, eléctrica, de transporte e hidráulica, cuyo costo exceda de los 30 millones de pesos; después de analizados dichos documentos y/o la información adicional requerida por la Secretaría de referencia, se otorgará un número de registro o clave a cada programa y proyecto.

El documento de planeación debe ser enviado a la citada Secretaría, a más tardar el último día hábil del mes de junio de cada año, facultándose a las "dependencias" para la actualización de los programas y proyectos de inversión que tengan registrados en la Cartera, pudiendo, mediante este procedimiento, validar, modificar, cancelar o incluir nuevos programas y proyectos. Se establece que resulta requisito indispensable que cada

programa o proyecto de inversión, se encuentre registrado en la Cartera, para ser incluido en el Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación, sin embargo, se establece una excepción a este principio, cuando se señala que cuando los proyectos y programas de inversión se encuentren aprobados, en el presupuesto de egresos, las dependencias deberán solicitar a la ya referida Secretaría, su registro en la Cartera a más tardar el último día hábil del mes de febrero, respecto de los que no estuvieren registrados o hubieran sido modificados en su alcance.

Así mismo, en el citado MNPAPF, se establece que la Secretaría, sólo emitirá oficios de inversión para autorizar proyectos y programas de inversión, cuando éstos cuenten con una clave asignada para identificarlos en la Cartera. Sólo están exentos de registro en la Cartera, los programas y proyectos de inversión, que se implementen de la atención prioritaria e inmediata de desastres naturales, la cual está regulada por la Secretaría de Gobernación, mediante las reglas de operación del Fondo Nacional de Desastres, previsto en el Presupuesto de Egresos de la Federación, desde el año de 1999, con motivo de los desastres ocasionados por el Huracán Paulina en los estados de Guerrero y Oaxaca, en el año de 1998.

En lo que puede calificarse como el colmo del uso indebido de la facultad reglamentaria, en el mencionado MNPAPF, se faculta a la Unidad de Inversiones, que es la unidad administrativa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que tiene a su cargo el manejo de la Cartera de Programas y Proyectos de Inversión, para que emita las normas, que a continuación se detallan y así lo ha hecho pero exclusivamente vía Internet, y sólo en un caso que atañe a los particulares en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo, desde mi punto de vista todas estas normas debieron publicarse en dicho medio de difusión, para ser de obligatorias para todos, incluyendo a los servidores públicos:

- a) Lineamientos para la determinación de los requerimientos de información que deberá contener el documento de Planeación de Programas y Proyectos de Inversión
- b) Lineamientos para la elaboración y presentación de los análisis costo y beneficio de los programas y proyectos de inversión

- c) Lineamientos para los formatos que se utilizarán para el registro en la Cartera de Programas y Proyectos de Inversión, así como para la integración de los programas y proyectos de inversión al proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación
- d) Lineamientos para la elaboración del análisis costo y beneficio de los proyectos para prestación de servicios a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal conforme a lo previsto en el numeral 15 y el transitorio segundo del Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios publicadas el 26 de marzo de 2003 en el Diario Oficial de la Federación.
- e) Metodología para la comparación de ofertas económicas en los procedimientos de contratación con relación a los proyectos para prestación de servicios a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal conforme a lo previsto en el numeral 30 y el Segundo Transitorio del Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo del 2003 (Reglas).
- f) Cartera Vigente de Programas y Proyectos de Inversión
- g) Relación de programas y proyectos de inversión sujetos al artículo 48 del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) para el Ejercicio Fiscal 2003 1/
- h) Lineamientos para la determinación de los requisitos que deberán cumplir los expertos que dictaminen sobre los análisis de evaluación de los programas y proyectos de inversión a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y los criterios generales a que se sujetará la emisión de dicho dictamen, conforme a lo previsto en el artículo 48 del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2003 y en los artículos 88 y 89, fracciones IV y V, 125 y Séptimo Transitorio, del Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal.
- i) Guía para la conciliación e integración de programas y proyectos de inversión (ppi) en el tomo VI del proyecto de presupuesto de egresos de la federación 2004.
- j) Guía para la concertación de Programas y Proyectos de Inversión - Etapa de Asociación
- k) Guía para el registro y modificaciones de Programas y Proyectos de Inversión por medio del PIPP (Proceso Integral de Programación y Presupuesto).
- l) Reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios publicadas el 26 de marzo de 2003 en el Diario Oficial de la Federación.

El manual al que vengo haciendo referencia, establece que el análisis de costo y beneficio de cada programa o proyecto de inversión, deberá mostrar que éste es susceptible de generar, por sí mismo, beneficios netos positivos bajo supuestos razonables, independientemente de cuál sea la fuente de los recursos con los que se financie dicho programa o proyecto. Igualmente respecto del dictamen favorable de experto, señala, que el mismo ha de referirse al proyecto ejecutivo de obra pública y al análisis de factibilidad técnica, económica y ambiental del programa o proyecto de inversión de que se trate.

Por lo que hace a los Oficios de Inversión, el citado MNPAPF, establece la existencia de cuatro categorías para este tipo de documentos a los que otorga una denominación específica para efectos de distinción como a continuación de detalla:

Oficio de Autorización Especial de Inversión.- Este tiene por objeto autorizar a los integrantes del Poder Ejecutivo Federal, realizar los trámites de contratación (iniciar las licitaciones públicas) de los programas y proyectos de inversión incluidos en los anteproyectos de presupuesto de egresos y se emite a más tardar el último día hábil del mes de octubre anterior al ejercicio fiscal en el que se ejecutarán, esto conforme al artículo 38 del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, sin embargo, este oficio no autoriza a realizar ninguna erogación.

Oficio de Inversión Financiada.- Este se emite por única vez, en forma indelegable por el servidor público designado para ello por el titular de la dependencia coordinadora de sector, con base en el apartado especial del Presupuesto de Egresos a que se refiere el artículo 38-A del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, para iniciar y formalizar los compromisos de ejecución y, en su caso, financiamiento de los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo previstos en dicho Presupuesto de Egresos, de conformidad con los artículos 154 al 166 del citado Manual y tiene como finalidad autorizar el inicio del procedimiento administrativo de contratación.

Oficio de Liberación de Inversión.- Este debe emitirlo cada dependencia, para ejercer los recursos correspondientes a programas y proyectos de inversión con cargo a los capítulos de inversión 5000 Bienes Muebles e Inmuebles, o 6000 Obras Públicas, así como gastos para el mantenimiento de dichos programas y proyectos de inversión.

Oficio de Autorización de Inversión.- Este se emite por la Secretaría, a solicitud de las dependencias, para ejercer recursos conforme a lo establecido en el Presupuesto de Egresos, con el fin de autorizar programas y proyectos de inversión que tengan por objeto atender los efectos causados por desastres naturales, reponer activos afectados por siniestros o ampliar el alcance de los programas y proyectos de inversión para el mejor cumplimiento de sus objetivos.

Atendiendo a lo antes expuesto, puede concluirse que al iniciar la etapa de contratación de una obra determinada, la decisión de tramitar el procedimiento que conllevará a la selección de la persona que será el cocontratante del estado, no puede afirmarse que se ha cumplido con el requisito de contar con partida presupuestal autorizada, por el simple hecho de que esa obra esté incluida en el programa anual de obras respectivo. Para que el órgano estatal contratante contraiga un compromiso presupuestal, esto es, celebre o formalice un contrato de obra pública o de servicios relacionados con la misma, e incluso para que inicie el procedimiento de selección del cocontratante, resulta indispensable que cuente con una partida presupuestal global o específica, es decir, autorizada mediante el oficio de inversión correspondiente, que dará lugar al ejercicio del gasto público.

Por último, debe destacarse que la actual legislación, en los artículos 25 de la LOPSRM, y 12 del RLOPSRM, otorga a los titulares de las dependencias y a los órganos de gobierno de las entidades, atendiendo a la cantidad de obras públicas y servicios relacionados con las mismas que realicen, la facultad discrecional de establecer Comités de Obras Públicas, órganos colegiados a los que se faculta para realizar diversas actividades de tipo directivo-normativo en la materia, sin que su existencia tenga un efecto claro en cuanto a la eficacia, eficiencia y honradez con que se ejercen los recursos. Las facultades de dichos órganos son las siguientes:

- a) Revisar los programas y presupuestos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, así como formular las observaciones y recomendaciones convenientes;
- b) Proponer las políticas, bases y lineamientos en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, así como autorizar los supuestos no previstos en éstos, sometiéndolas a consideración del titular de la dependencia o al órgano de gobierno en el caso de las entidades;

- c) Dictaminar, previamente a la iniciación del procedimiento, sobre la procedencia de no celebrar licitaciones públicas por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción previstos en el artículo 42 de esta Ley, esto es, la existencia de una causal específica;
- d) Autorizar, cuando se justifique, la creación de subcomités de obras públicas, así como aprobar la integración y funcionamiento de los mismos;
- e) Elaborar y aprobar el manual de integración y funcionamiento del comité, conforme a las bases que expida la Contraloría, y
- f) Coadyuvar al cumplimiento de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Como se desprende de lo anterior, este Comité no tiene una intervención directa e integral en las etapas de contratación, ejecución y control de la obra pública, por lo que salvo la intervención en las etapas de programación y presupuestación y el dictaminar a cerca de la procedencia o no de una excepción a la licitación pública, por causal específica, éstos órganos bien pudieran no existir, ya que incluso se limita su responsabilidad al señalar que la información y documentación que se someta a la consideración del comité, será de la exclusiva responsabilidad del área que las formule. Así mismo, limita y minimiza su actuación en el caso de las fracciones II, IV y V del artículo 42 de la Ley, al señalar que en esos casos, no será necesario contar, previamente al inicio del procedimiento de contratación, con el dictamen para no celebrar licitaciones públicas, por lo que las dependencias y entidades deberán informar al Comité, una vez que se concluya la contratación respectiva, por lo que en principio, aún cuando sea mediante subcomités debe procurarse que tengan una mayor intervención en la contratación, ejecución y control de la obra pública, como poco más adelante lo propondremos.

En el RLOPSRM, se establece la forma y términos en que deben integrarse dichos Comités, señalando quienes son sus miembros, con derecho de voz y voto, quienes sólo tienen esta última prerrogativa y quienes pueden participar en su calidad de invitados o especialistas; igualmente, las funciones específicas de cada uno de ellos; facultándolos a nombrar suplentes, siendo éstos últimos, quienes de facto, participan cotidianamente en dichos órganos colegiados y toman las decisiones correspondientes; la forma y términos en que deben realizarse sus reuniones y las responsabilidades de sus integrantes, mismas que se limitan a sus votos o comentarios, el tipo y cantidad de sesiones que tendrá; el quórum mínimo de asistencia, para sesionar, los impedimentos para sesionar,

los impedimentos para sesionar, la forma y términos en que deben ser tratados los asuntos a su consideración sometidos, así como los informes que recibirá en materia de inconformidades, procedimientos de aplicación de garantías en el caso de rescisiones de contrato, y de resultados de la gestión del Comité y en general de la contratación de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, además de la obligación de levantar minuta de cada sesión realizada.

3.2.3.2.- PLIEGO DE CONDICIONES O BASES DE LICITACIÓN.

En estricto sentido, el pliego de condiciones o bases de la licitación, como lo denomina nuestra legislación, es la descripción detallada de la contraprestación o de lo que el estado solicita le sea ofertado, que al final del procedimiento licitatorio, se hará consistir en el objeto del contrato. En general en la doctrina, existe coincidencia de criterio respecto de la existencia de esta etapa, la diversidad sólo se presenta en cuanto al momento de hacer referencia a ella, ya que algunos autores lo hacen antes de la convocatoria y otros lo hacen después, pero en general autores como Berçaitz³⁷⁰, Cassagne³⁷¹, Escola³⁷², Dromi³⁷³, Gordillo³⁷⁴, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³⁷⁵, López-Elías³⁷⁶ y Fernández Ruiz³⁷⁷, entre otros, coinciden con la existencia de esta etapa, así como en el hecho de que el pliego de condiciones, es un documento elaborado unilateralmente por el estado, que consiste en un conjunto de cláusulas destinadas a regular la tramitación o substanciación del procedimiento licitatorio, y en su caso, la formalización o celebración del contrato, la ejecución y terminación del mismo, en razón de que detalla cada aspecto en forma circunstanciada, incluyendo el objeto del contrato, la regulación jurídica a que estará sometido éste, los requisitos que deben cumplir los oferentes, la forma y términos que ha de ser tramitado el procedimiento licitatorio, etc., es en razón de lo anterior, que se ha afirmado, que dichos pliegos de condiciones contienen cláusulas de carácter jurídico, técnico y económico, que se clasifican en generales y especiales.

³⁷⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 326 a 334.

³⁷¹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 50 a 52.

³⁷² Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 660.

³⁷³ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 245 a 275.

³⁷⁴ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-21 a XII-25.

³⁷⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 328 y 329.

³⁷⁶ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 112 a 121.

³⁷⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 173 a 177.

Las primeras son las que regulan al procedimiento de selección y los aspectos comunes a todos los contratos administrativos desde su formalización hasta su terminación; las segundas son las que contienen la descripción detallada de lo que constituirá el objeto del contrato, es decir, la prestación, que en su oportunidad, estará a cargo del cocontratante del órgano estatal contratante, por lo que en el caso específico de la obra pública, incluirá documentos de carácter técnico como planos, especificaciones técnicas generales y especiales de construcción y normas de calidad. Estos documentos producen efectos jurídicos tanto para quien los emitió como para los oferentes.

En el primer caso, su creador queda imposibilitado para efectuar modificaciones importantes al documento, después de efectuar el llamado a la licitación, ya una vez efectuado éste, la facultad de realizar cualquier adecuación, se reduce a ciertos aspectos relativos a los plazos y fechas para que tengan verificativo algunos eventos concernientes a la tramitación de la licitación, pero siempre antes o con motivo de la visita al sitio de los trabajos y la junta de aclaraciones, así mismo, de no surgir de dichos eventos, se condiciona que dichas modificaciones tengan la misma difusión que la convocatoria y el propio pliego de requisitos o bien que sean notificadas a todos los participantes. Una vez iniciado el acto de presentación y apertura de las proposiciones, no existe la posibilidad de efectuar modificaciones a las bases de licitación. En el caso de la LOPSRM, esto es normado por el artículo 35.

En el precepto en cita se prohíbe expresamente que las modificaciones al pliego de requisitos o bases de la licitación, y de la convocatoria o llamado para ofertar, tengan por objeto la sustitución o variación sustancial de los trabajos convocados originalmente, o bien, en la adición de otros distintos. Además se determina que las modificaciones realizadas a las bases de la licitación, que se deriven del resultado de la o las juntas de aclaraciones que se efectúen, serán consideradas como parte integrante de las propias bases de licitación.

Para los oferentes, los pliegos de requisitos son el documento que los vincula con el procedimiento licitatorio, ya que desde el momento en que éstos se inscriben o en su defecto los compran, quedan sujetos a las disposiciones en ellos contenidas hasta el momento en que sus propuestas sean desechadas, o bien, quedan sujetos a ellas por haber sido declarados como adjudicatarios del contrato, una vez formalizado dicho

fw

instrumento jurídico, el pliego de condiciones sigue rigiendo a las partes en su relación contractual, en razón de que el contrato mismo, será interpretado con base en lo establecido en el pliego de requisitos, en el supuesto de que surgieran dudas a cerca de lo establecido en aquel.

Este tipo de documentos han sido clasificados en generales y especiales. Los primeros son aquellos que rigen para una categoría determinada de contratos administrativos, esto es, se trata de un documento que es formulado por los diferentes órganos estatales antes de que se inicie cualquier procedimiento licitatorio. Los pliegos de requisitos denominados especiales, son aquellos que los mismos formulan previamente al inicio de un procedimiento de contratación específico, es decir, es elaborado expresamente para la celebración de un contrato determinado.

En materia de obra pública, la LOPSRM, establece cual es el contenido, que por lo general, deben tener los pliegos de requisitos, para que las dependencias y entidades dependientes del poder ejecutivo federal, celebren contratos de obra pública y servicios relacionados con las mismas, esto es, desde un punto de vista doctrinal, en nuestro caso la normativa no dejó a la discrecionalidad de los mismos, el determinar el contenido de las bases de la licitación, sino que para efecto de que existiera un pleno respeto al principio de igualdad, la norma determinó cual debe ser el contenido mínimo y único de las bases de la licitación, así el precepto ya citado establece esos requisitos indispensables en un total de XXIII fracciones, y señala en su último párrafo, que para la participación, contratación o adjudicación en obras públicas o servicios relacionados con las mismas no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados en la Ley, y dicha norma determina que esos requisitos son los siguientes:

“ARTÍCULO 33.- Las bases que emitan las dependencias y entidades para las licitaciones públicas se pondrán a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante como en los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta, inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, siendo responsabilidad exclusiva de los interesados adquirirlas oportunamente durante este período, y contendrán en lo aplicable como mínimo, lo siguiente:

- I. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

- II. Forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el licitante;
- III. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, siendo optativa la asistencia a las reuniones que, en su caso, se realicen; fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de la presentación y apertura de proposiciones; comunicación del fallo y firma del contrato;
- IV. Señalamiento de que será causa de descalificación el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en las bases de la licitación, así como la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar el costo de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes;
- V. Idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;
- VI. Moneda o monedas en que podrán presentarse las proposiciones. En los casos en que se permita hacer la cotización en moneda extranjera se deberá establecer que el pago que se realice en el territorio nacional se hará en moneda nacional y al tipo de cambio de la fecha en que se haga dicho pago;
- VII. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes podrán ser negociadas;
- VIII. Criterios claros y detallados para la adjudicación de los contratos, de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de esta Ley;
- IX. Proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran para preparar la proposición; normas de calidad de los materiales y especificaciones generales y particulares de construcción aplicables, en el caso de las especificaciones particulares, deberán ser firmadas por el responsable del proyecto;
- X. Tratándose de servicios relacionados con las obras públicas, los términos de referencia que deberán precisar el objeto y alcances del servicio; las especificaciones generales y particulares; el producto esperado, y la forma de presentación;
- XI. Relación de materiales y equipo de instalación permanente que, en su caso, proporcione la convocante, debiendo acompañar los programas de suministro correspondientes;
- XII. En su caso, el señalamiento del porcentaje de contenido nacional del valor de la obra que deberán cumplir los licitantes en materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente, que serían utilizados en la ejecución de los trabajos;
- XIII. Experiencia, capacidad técnica y financiera necesaria de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;
- XIV. Datos sobre las garantías; porcentajes, forma y términos de los anticipos que se concedan;
- XV. Cuando proceda, lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos, la que deberá llevarse a cabo dentro del período comprendido entre el cuarto día natural siguiente a aquél en que se publique la convocatoria y el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones;

- XVI. Información específica sobre las partes de los trabajos que podrán subcontratarse;
 - XVII. Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;
 - XVIII. Modelo de contrato al que se sujetarán las partes;
 - XIX. Tratándose de contratos a precio alzado o mixtos en su parte correspondiente, a las condiciones de pago;
 - XX. Tratándose de contratos a precios unitarios o mixtos en su parte correspondiente, el procedimiento de ajuste de costos que deberá aplicarse, así como el catálogo de conceptos, cantidades y unidades de medición, debe ser firmado por el responsable del proyecto; y la relación de conceptos de trabajo más significativos, de los cuales deberán presentar análisis y relación de los costos básicos de materiales, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción que intervienen en dichos análisis. En todos los casos se deberá prever que cada concepto de trabajo esté debidamente integrado y soportado, preferentemente, en las especificaciones de construcción y normas de calidad solicitadas, procurando que estos conceptos sean congruentes con las cantidades de trabajo requeridos por el proyecto;
 - XXI. La indicación de que el licitante que no firme el contrato por causas imputables al mismo será sancionado en los términos del artículo 78 de esta Ley;
 - XXII. En su caso, términos y condiciones a que deberá ajustarse la participación de los licitantes cuando las proposiciones sean enviadas a través del servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica. El que los licitantes opten por utilizar alguno de estos medios para enviar sus proposiciones no limita, en ningún caso, que asistan a los diferentes actos derivados de una licitación, y
 - XXIII. Los demás requisitos generales que, por las características, complejidad y magnitud de los trabajos, deberán cumplir los interesados, los que no deberán limitar la libre participación de éstos.
- Para la participación, contratación o adjudicación en obras públicas o servicios relacionados con las mismas no se le podrá exigir al particular requisitos distintos a los señalados por esta Ley.”

Como comentario a lo establecido por la fracción IX, del citado artículo 33 de la LOPSRM, Fernández Ruiz³⁷⁸, propone que la ley debiera establecer que las normas de calidad de los materiales que se especifiquen, para la obra pública que se pretenda contratar, no sean de calidad inferior a la determinada en las normas mexicanas, de conformidad con lo previsto en los artículos 3º, fracción XI, y 40 de la Ley Federal de Metrología, sin embargo, en mi opinión ello ha de sobre entenderse cuando la LOPSRM, en su artículo 21, fracción V, ordena a las dependencias y entidades de la administración pública federal que cuando formulen sus programas de obras, deben sujetarse a dichas normas.

³⁷⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 177.

Por lo que hace a la fracción X, del referido artículo 33, de la LOPSRM, el artículo 202, del RLOPSRM, establece que los términos de referencia es el documento en el que se plasman los requisitos y alcances que precisa el objeto del servicio, que atendiendo a las características, magnitud y complejidad de los servicios requeridos en cada caso por los órganos estatales contratantes, en estos documentos se deben indicar dentro de los términos de referencia de las bases de licitación, entre otros, los siguientes datos: a) La descripción precisa y detallada de los servicios que se requieren; b) Plazos de ejecución, incluyendo un calendario de prestación de los servicios; c) La información técnica y recursos que proporcionará la convocante; d) Las especificaciones generales y particulares del proyecto; e) El Producto o documentos esperados y su forma de presentación, y f) En su caso, metodología a emplear en la prestación del servicio.

Fernández Ruiz³⁷⁹, respecto de lo señalado por la fracción XVI del citado precepto legal, esto es la subcontratación, propone que la norma establezca los requisitos mínimos que deberían cumplir las personas que con quien los contratistas en su momento subcontratarán los trabajos, lo cual resulta acertado, por lo que sería necesaria una reforma legal al respecto.

El precepto legal en comento, establece que las bases que sean emitidas para las licitaciones públicas, deben ponerse a disposición de los interesados, tanto en el domicilio señalado por la convocante, como en los medios de difusión electrónica establecidos por la actual Secretaría de la Función Pública, antes Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, esto es, el sistema Compranet, ya comentado en el capítulo segundo de este trabajo, a partir del día en que se publique la convocatoria y hasta, inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, quedando bajo la responsabilidad exclusiva de los interesados adquirir las bases, oportunamente, durante dicho período. Esto es, al igual que su antecesora, la actual ley, desaparece la figura de la inscripción a la licitación y sólo establece que quienes cumplan con los requisitos y hayan comprado los pliegos de requisitos o bases de la licitación pueden participar en dicho procedimiento.

³⁷⁹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 177.

En los artículos 19, 24, 26, y 27 del RLOPSRM, se establece que al elaborar sus bases de licitación, tanto para obras, como para servicios relacionados con éstas, los entes estatales deben considerar, las características, magnitud y complejidad de los trabajos a realizar, para efecto de que dichos documentos contengan todos los elementos necesarios para que la presentación de propuestas, por parte de los oferentes interesados, sea completa, uniforme y ordenada, facultándolos para elaborar formatos e instructivos, que proporcionarán como parte del pliego de requisitos, obligando a los participantes a su utilización o bien a respetarlos, incluyendo en los que ellos formulen por su cuenta, los elementos requeridos; en el aspecto presupuestal, cuando la ejecución de la obra o servicio, comprenda más de un ejercicio, se obliga a informar a los participantes, el importe estimado para ejercer en el primer ejercicio, así como el origen de los recursos; que el Catálogo de conceptos, es decir, las actividades técnico-constructivas a desarrollar por el presunto contratante, esté dividido en las partidas y subpartidas que se requieran para la realización de los trabajos, de acuerdo a sus características, complejidad y magnitud; tratándose de contratos a precio alzado, se deberán indicar las actividades y, en su caso, las subactividades en que se dividirán los mismos; y que los requisitos y documentos estén particularizados para cada obra o servicio que se licite, esto es, que todos los elementos que integren las bases de la licitación se refieran específicamente a la obra o servicio de que se trate y se eliminen o introduzcan los elementos necesarios para evitar todo tipo de generalidades e indefiniciones que puedan inducir a los participantes a un error en la formulación de sus propuestas.

Igualmente, se establece que resulta obligatorio para los órganos estatales convocantes solicitar a los participantes en la licitación, el cumplimiento de los requisitos administrativos-legales, técnicos y económicos, conque deben integrar sus propuestas, por tanto, que deben incluir en sus ofertas todos documentos y requisitos previstos en los pliegos o bases de la licitación, ya que de otro modo, no podrían ser exigidos a los participantes.

Los requisitos administrativo-legales, son establecidos por el artículo 24 del RLOPSRM, el a la letra establece:

“Artículo 24.- Las dependencias y entidades deberán requerir a los licitantes que acompañen a sus propuestas los siguientes documentos:

- I. Escrito en el que manifieste el domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos que deriven de los actos del procedimiento de contratación y, en su caso, del contrato respectivo, mismo que servirá para practicar las notificaciones aun las de carácter personal, las que surtirán todos sus efectos legales mientras no señale otro distinto;
- II. Escrito mediante el cual declare que no se encuentra en alguno de los supuestos que establece el artículo 51 de la Ley;
- III. Declaración fiscal o balance general auditado de la empresa, correspondiente al ejercicio fiscal inmediato anterior, con el que se acredite el capital contable requerido por la convocante.
El capital contable requerido para los trabajos en que se considere el suministro de equipo de instalación permanente o en los que el licitante deba fincar pedidos de insumos especiales, deberá ser cuando menos igual al monto que considere necesario para fincar los pedidos, en el primer ejercicio;
- IV. Identificación oficial vigente con fotografía, tratándose de personas físicas, y
- V. Escrito mediante el cual la persona moral manifieste que su representante cuenta con facultades suficientes para comprometer a su representada, mismo que contendrá los datos siguientes:
 - a. De la persona moral: clave del registro federal de contribuyentes, denominación o razón social, descripción del objeto social de la empresa; relación de los nombres de los accionistas, número y fecha de las escrituras públicas en las que conste el acta constitutiva y, en su caso, sus reformas o modificaciones, señalando nombre, número y circunscripción del notario o fedatario público que las protocolizó; asimismo los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio, y
 - b. Del representante: nombre del apoderado; número y fecha de los instrumentos notariales de los que se desprendan las facultades para suscribir la propuesta, señalando nombre, número y circunscripción del notario o fedatario público que los protocolizó.En las bases de las licitaciones públicas e invitaciones deberán indicarse que previamente a la firma del contrato, el licitante ganador presentará para su cotejo, original o copia certificada de los documentos con los que se acredite su existencia legal y las facultades de su representante para suscribir el contrato correspondiente.

Tratándose de personas extranjeras, se deberá verificar que los documentos cuenten con la legalización o apostillamiento correspondiente.

En su caso, una vez llevado a cabo el cotejo, la convocante devolverá al interesado los documentos originales o certificados, conservándolos en copias simples.

La presentación de estos documentos servirá para constatar que la persona cumple con los requisitos legales necesarios, sin perjuicio de su análisis detallado.

Para los interesados que decidan agruparse para presentar una propuesta, deberán acreditar en forma individual los requisitos señalados, además de entregar una copia del convenio a que se refiere el artículo 28 de este

Reglamento. La presentación de los documentos de los integrantes de la agrupación y la del convenio deberá hacerse por el representante común.”

Como una política de simplificación administrativa, que busca evitar que los actos de presentación y apertura de las propuestas, se tornen excesivamente tediosos por la revisión minuciosa de documentación original, la norma, después de indicar la obligatoriedad de requerir la información y documentos antes descritos a los oferentes o participantes en la licitación, señala que en las bases de las licitaciones, deberá indicarse, que previamente a la firma del contrato, el licitante que resulte designado ganador, queda obligado a presentar para su cotejo, original o copia certificada de los documentos con los que se acredite su existencia legal y las facultades de su representante para suscribir el contrato correspondiente; que tratándose de personas extranjeras, se debe verificar que los documentos cuenten con la legalización o apostillamiento correspondiente; determinando que el órgano estatal contratante, queda obligado a conservar copias simples de los documentos y a devolver a los interesados, los documentos originales o copias certificadas que les hayan sido presentadas, una vez que haya efectuado el cotejo.

Respecto del requisito de presentar copia de la declaración fiscal, es de señalarse, que con las modificaciones legales realizadas en materia fiscal, (Código Fiscal de la Federación) especialmente las que determinan que todas las personas físicas y morales deben presentar sus declaraciones de impuestos, por medios electrónicos (Internet), y utilizando firmas electrónicas, se imposibilita el cumplimiento de este requisito, ya que en el formato que puede imprimirse después hacer el envío vía electrónica, no aparece el dato de cual es el capital contable de la persona, lo que impide determinar, su capacidad financiera, sin embargo, al revisar algunos pliegos de requisitos vía Internet, puede constatarse que las dependencias y entidades continúan solicitando el cumplimiento de éste requisito, aún cuando la norma establece la posibilidad de que sea ese u otro documento, con el que se compruebe la capacidad financiera de las personas interesadas en participar en las licitaciones.

Por lo que hace al balance general auditado, debo señalar, que si bien todas las personas morales están facultadas para emitir sus propios balances generales, estos no cumplen con el requisitos de estar auditados, por ello, se debe recurrir al análisis de las disposiciones contenidas en el Código Fiscal de la Federación, el cual, en sus artículos,

32-A, 52-A, establece los supuestos en que los contribuyentes están obligados a auditar sus estados financieros, y les otorga el derecho de hacerlo voluntariamente, a quienes no tienen esa obligación; así mismo, determina las características y requisitos con que deben cumplir dichos documentos y quienes deben emitirlos; y en los artículos 45, 50 y 51 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, regulan la forma, términos y requisitos, con que deben cumplir los Contadores Públicos para obtener el registro ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que los faculta para la emisión de estados financieros auditados. Igualmente, los numerales en cita establecen con precisión los requisitos que deben cumplir dichos documentos, además de las formalidades y requisitos que debe cumplir la información en ellos contenida. Debo destacar que no conozco otro tipo de estados financieros auditados, pero en la práctica, resulta común que muchos servidores públicos den por buenos, informes de estados financieros que no son producto de una auditoría en los términos y con las formalidades que la legislación fiscal determina. Además de lo anterior, es común que en muchos pliegos de requisitos o bases de la licitación se solicite la presentación de estados financieros auditados por trimestre, lo cual es ilegal, ya que la legislación en cita, sólo obliga a la formulación de estados financieros en forma anual, por lo que ha de entenderse que esta práctica resulta ser discriminatoria y violatoria de la ley.

Como se desprende de lo expuesto hasta este punto, en la LOPSRM, se establecen los requisitos generales que deben incluirse en los pliegos de requisitos o bases de la licitación, sin embargo, la norma omite señalar a detalle cuales de ellos corresponden a la propuesta técnica y la económica, lo cual es regulado por los artículos 26 y 27 del RLOPSRM, estableciendo cuales pueden ser éstos, pero hace el señalamiento, de que los mismos, podrán ser adecuados dependiendo de las características, complejidad y magnitud de los trabajos a realizar en cada caso. Los preceptos legales antes citados establecen a la letra lo siguiente:

“Artículo 26.- Las dependencias y entidades podrán requerir que la propuesta técnica de los licitantes contenga los siguientes documentos, los que podrán adecuarse atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los trabajos:

- I. Descripción de la planeación integral del licitante para realizar los trabajos, incluyendo el procedimiento constructivo de ejecución de los trabajos. Las dependencias y entidades podrán establecer las restricciones técnicas que procedan conforme a los proyectos;

- II. Relación de maquinaria y equipo de construcción, indicando si son de su propiedad, arrendadas con o sin opción a compra, su ubicación física, modelo y usos actuales, así como la fecha en que se dispondrá de estos insumos en el sitio de los trabajos, tratándose de maquinaria o equipo de construcción arrendado, con o sin opción a compra, deberá presentar carta compromiso de arrendamiento y disponibilidad en el caso de que resultare ganador;
- III. Curriculum de los profesionales técnicos al servicio del licitante, identificando a los que se encargarán de la ejecución y administración de la obra, los que deben tener experiencia en obras de características técnicas y magnitud similares;
- IV. Identificación de los trabajos realizados por el licitante y su personal, que acrediten la experiencia y la capacidad técnica requerida, en los que sea comprobable su participación, anotando el nombre de la contratante, descripción de las obras, importes totales, importes ejercidos o por ejercer y las fechas previstas de terminaciones, según el caso;
- V. Manifestación escrita de conocer los proyectos arquitectónicos y de ingeniería; las normas de calidad de los materiales y las especificaciones generales y particulares de construcción que la dependencia o entidad les hubiere proporcionado; las leyes y reglamentos aplicables y su conformidad de ajustarse a sus términos;
- VI. Manifestación escrita en la que señale las partes de los trabajos que subcontratará, en caso de haberse previsto en las bases de la licitación. Las dependencias y entidades podrán solicitar la información necesaria que acredite la experiencia y capacidad técnica y económica de las personas que se subcontratarán;
- VII. Manifestación escrita de conocer y haber considerado en la integración de su propuesta, los materiales y equipos de instalación permanente que, en su caso, le proporcionará la convocante, así como el programa de suministro correspondiente;
- VIII. Manifestación escrita de conocer el sitio de realización de los trabajos y sus condiciones ambientales, así como de haber considerado las modificaciones que, en su caso, se hayan efectuado a las bases de licitación;
- IX. Manifestación escrita de conocer el contenido del modelo del contrato y su conformidad de ajustarse a sus términos;
- X. Cuando se requiera de materiales, maquinaria y equipo de instalación permanente de origen extranjero de los señalados por la Secretaría de Economía, manifestación escrita de que los precios consignados en su propuesta no se cotizan en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional en su modalidad de discriminación de precios o de subsidios;
- XI. Declaración de integridad, mediante la cual los licitantes manifiesten de que por sí mismos o a través de interpósita persona, se abstendrán de adoptar conductas para que los servidores públicos de la dependencia o entidad convocante, induzcan o alteren las evaluaciones de las propuestas, el resultado del procedimiento de contratación y cualquier otro aspecto que les otorguen condiciones más ventajosas, con relación a los demás participantes, y
- XII. Documentos que acrediten la capacidad financiera, los cuales deberán integrarse al menos por los estados financieros auditados de los dos años

anteriores y el comparativo de razones financieras básicas, salvo en el caso de empresas de reciente creación, las cuales deberán presentar los más actualizados a la fecha de presentación de la propuesta.

- A. Tratándose de obras a precios unitarios, podrán solicitar además los documentos siguientes:
 - I. Análisis de los conceptos de trabajo que representen al menos el ochenta por ciento del monto de la propuesta, describiendo el concepto a desarrollar, su unidad de medida y cantidad, así como la relación de los materiales con sus correspondientes consumos y de mano de obra, maquinaria y equipo de construcción con sus correspondientes rendimientos, sin considerar costos e importes.
Los conceptos que en conjunto representen al menos el porcentaje citado, serán definidos por el contratista, o bien, por las dependencias o entidades en las bases de licitación;
 - II. Listado de insumos que intervienen en la integración de la propuesta, señalando los materiales más significativos y equipo de instalación permanente, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción, con la descripción y especificaciones técnicas de cada uno de ellos, indicando las cantidades a utilizar, y sus respectivas unidades de medición;
 - III. Análisis, cálculo e integración del factor de salario real conforme a lo previsto en este Reglamento;
 - IV. Programa calendarizado de ejecución general de los trabajos, dividido en partidas y subpartidas, indicando por mes las cantidades de trabajo por realizar, y
 - V. Programas cuantificados y calendarizados, dividido cada uno en partidas y subpartidas de suministro o utilización mensual de los siguientes rubros:
 - a. De la mano de obra, expresadas en jornadas e identificando categorías;
 - b. De la maquinaria y equipo de construcción, expresados en horas efectivas de trabajo, identificando su tipo y características;
 - c. De los materiales más significativos y de los equipos de instalación permanente, expresados en unidades convencionales y volúmenes requeridos, y
 - d. De la utilización del personal profesional técnico, administrativo y de servicio encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos.
- B. Tratándose de obras a precio alzado, podrán solicitar además los documentos siguientes:
 - I. Listado de insumos que intervienen en la integración de la propuesta, agrupando los materiales más significativos y equipo de instalación permanente, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción, con la descripción de cada uno de ellos; tratándose de proyectos integrales o llave en mano, el licitante señalará las normas de calidad y especificaciones técnicas a que se sujetará, las cuales deberán apegarse a los establecidos por la convocante en las bases de licitación;
 - II. Programa calendarizado de ejecución general de los trabajos, indicando por mes el porcentaje de avance de cada actividad y, en su caso, subactividad, y

- III. Programas cuantificados y calendarizados en actividades y, en su caso, subactividades de suministro o utilización mensual de los siguientes rubros:
 - a. De la mano de obra, expresadas en jornales e identificando categorías;
 - b. De la maquinaria y equipo de construcción, expresados en horas efectivas de trabajo, identificando su tipo y características;
 - c. De los materiales más significativos y de los equipos de instalación permanente, expresados en unidades convencionales y volúmenes requeridos, y
 - d. De utilización del personal profesional técnico, administrativo y de servicio encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos.”

“Artículo 27.- Las dependencias y entidades podrán requerir que la propuesta económica de los licitantes contenga los siguientes documentos, los que podrán adecuarse atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los trabajos:

- A. Tratándose de obras a precios unitarios:
 - I. Análisis de los precios unitarios de los conceptos de trabajo que representen al menos el ochenta por ciento del monto de la propuesta, determinados y estructurados de acuerdo con lo previsto en este Reglamento.
Los conceptos que en conjunto representen al menos el porcentaje citado, serán definidos por el contratista, o bien, por las dependencias o entidades en las bases de licitación.
El licitante ganador dentro de los quince días naturales siguientes a la emisión del fallo, deberá entregar el complemento de los análisis de los precios unitarios, los que deberán ser congruentes con el presupuesto presentado;
 - II. Relación y análisis de los costos básicos de los materiales que se requieran para la ejecución de los trabajos. Cuando existan insumos de los señalados en la fracción X del artículo 26 de este Reglamento, se deberá señalar el precio ofertado por el licitante;
 - III. Tabulador de salarios base de mano de obra por jornada diurna de ocho horas e integración de los salarios;
 - IV. Análisis, cálculo e integración de los costos horarios de la maquinaria y equipo de construcción, debiendo considerar éstos, para efectos de evaluación, con costos y rendimientos de máquinas y equipos nuevos;
 - V. Análisis, cálculo e integración de los costos indirectos, identificando los correspondientes a los de administración de oficinas de campo y los de oficinas centrales;
 - VI. Análisis, cálculo e integración del costo por financiamiento;
 - VII. Utilidad propuesta por el licitante;
 - VIII. Listado de insumos que intervienen en la integración de la propuesta, agrupando por materiales más significativos y equipos de instalación permanente, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción, con la descripción de cada uno de ellos, indicando las cantidades a utilizar, con sus respectivas unidades de medición y sus importes;

- IX. Catálogo de conceptos, conteniendo descripción, unidades de medición, cantidades de trabajo, precios unitarios con número y letra e importes por partida, subpartida, concepto y del total de la propuesta. Este documento formará el presupuesto de la obra que servirá para formalizar el contrato correspondiente;
- X. Programa de erogaciones de la ejecución general de los trabajos, calendarizado y cuantificado mensualmente, dividido en partidas y subpartidas, de los conceptos de trabajo que representen al menos el ochenta por ciento del monto de la propuesta, debiendo existir congruencia con los programas presentados en la etapa técnica, así como los que se mencionan en la fracción siguiente.
- El licitante ganador dentro de los quince días naturales siguientes a la emisión del fallo, deberá entregar el programa de ejecución general de los trabajos que considere todos y cada uno de los conceptos que integran la propuesta, utilizando preferentemente redes de actividades con ruta crítica y diagramas de barras. Con base en este programa y cuando la magnitud de los trabajos lo requiera, el superintendente de construcción procederá a elaborar, dentro de un plazo no mayor de cuarenta y cinco días naturales siguientes al inicio de los trabajos, el programa detallado y definitivo que se aplicará al contrato dentro del marco de referencia pactado, y
- XI. Programas de erogaciones calendarizados y cuantificados en partidas y subpartidas de utilización mensual para los siguientes rubros:
- De la mano de obra;
 - De la maquinaria y equipo de construcción, identificando su tipo y características;
 - De los materiales más significativos y de los equipos de instalación permanente, y
 - De utilización del personal profesional técnico, administrativo y de servicio encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos.
- B. Tratándose de obras a precio alzado:
- Red de actividades calendarizada, indicando las duraciones y la ruta crítica;
 - Cédula de avances y pagos programados, calendarizados y cuantificados mensualmente por actividades a ejecutar;
 - Programa de erogaciones de la ejecución general de los trabajos, calendarizado y cuantificado mensualmente, dividido en actividades y, en su caso, subactividades debiendo existir congruencia con los programas que se mencionan en la fracción siguiente. Éste deberá considerarse dentro del contrato respectivo, como el programa de ejecución de los trabajos a que hace referencia el artículo 195 de este Reglamento;
 - Programas calendarizados de erogaciones, describiendo las actividades y, en su caso, subactividades de la obra, así como la cuantificación de la utilización mensual de los siguientes rubros:
 - De la mano de obra;
 - De la maquinaria y equipo de construcción, identificando su tipo y características;
 - De los materiales y equipo de instalación permanente, y

- d. De utilización del personal profesional técnico, administrativo y de servicio encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos, y
- V. Presupuesto total de los trabajos, el cual deberá dividirse en actividades de obra, indicando con número y letra sus importes, así como el monto total de la propuesta.”

Como comentarios a lo establecido por el artículo 26, resulta necesario señalar los siguientes:

Respecto de la fracción I del artículo 26, que ese requisito consiste en un relato en el que se detalle la forma y términos, en que se propone realizar la obra o servicio de que se trate, describiendo desde los trabajos preliminares hasta la terminación total. Es importante destacar que el ente estatal está facultado para imponer las restricciones técnicas que procedan, atendiendo a lo establecido en el proyecto y especialmente por lo que hace al proceso constructivo.

Relativo a la fracción II, es importante destacar que tratándose de maquinaria o equipo de construcción arrendado, con o sin opción a compra, se obliga al proponente, a que en caso de resultar ganador, presente una carta compromiso de arrendamiento y disponibilidad, pero por algún error en la lectura o redacción de los pliegos de requisitos, es común que los proponentes erróneamente presenten dicha carta, incluyendo montos e importes lo que obliga al desechamiento de sus propuestas como se verá más adelante.

En relación con la fracción III, es importante señalar que generalmente los documentos presentados, carecen de datos y documentos que permitan corroborar la experiencia de los profesionales propuestos, y no pocas veces, esto es motivo de desechamiento de las propuestas.

Concerniente a la fracción V, resulta común que la información técnica proporcionada al proponente incluya el proyecto ejecutivo completo, o planos, croquis, especificaciones generales y especiales de construcción, etc., es conveniente que se requiera se incluyan en este punto y se anexen debidamente firmadas, ya que en algunos casos, se requiere la entrega de dicha información en un punto por separado, lo cual implica duplicidades.

Inherente a la fracción VIII, En muchas ocasiones, los entes contratantes, basándose en lo preceptuado, estiman que los contratistas están obligados a formular adecuaciones técnicas importantes a los proyectos para efecto de que puedan ejecutarse y así lo exigen a sus cocontratantes, sin embargo, esto es ilegal, ya que el conocimiento del sitio, sólo constriñe al cocontratante a considerar los aspectos básico-fundamentales para la organización y desarrollo de los trabajos, tales como ubicación de bodegas, límites del predio, posibles maniobras de maquinaria y equipo, etc., pero nunca implican la obligación adicional reformular el proyecto mal realizado e incluso de realizar trabajos no previstos en el catálogo de conceptos.

Tocante a la fracción XII, de la simple lectura de este requisito, puede determinarse, que resulta repetitivo, respecto de lo solicitado en el artículo 24, fracción III, del RLOPSRM, ya comentado, por lo que con la mejor de las intenciones la interpretación de este precepto ha de ser de que los estados financieros auditados que incluyan los dos años anteriores, sólo han de ser requeridos cuando la magnitud de la obra implique que el presunto cocontratante, tenga una posición financiera muy robusta, sin embargo, es común, ver algunos pliegos de requisitos en los que se solicitan dos tipos de estados financieros, siendo que la legislación fiscal no prevé esto, por lo que esta resulta ser una práctica discriminatoria e ilegal.

Acerca de lo establecido en la fracción I, del apartado A, y concerniente a que ya sea el contratista o el órgano estatal contratante quien defina el ochenta por ciento de los conceptos de obra que han de ser cotizados, la realidad es que en la práctica se exige que se presente el análisis del total de los conceptos de obra. Por otra parte, dejar que sean los proponentes quienes definan el ochenta por ciento de los conceptos a analizar, en realidad daría lugar a la evaluación y comparación de propuestas desiguales, ya que muy difícilmente, la selección sería la misma en todos los casos, por tanto, creo que esta disposición en realidad resulta ser contraria al principio de igualdad en la licitación, además de que dificultaría enormemente la evaluación tanto técnica como económica de las propuestas presentadas en los procedimientos licitatorios.

En relación con la fracción II del apartado A, del artículo en comento, el RLOPSRM, vuelve a cometer el error de dejar al criterio de cada proponente, cuales son los materiales más significativos, pues como es de esperarse, en cada caso varía la

determinación y ello conlleva a que finalmente, en la etapa de evaluación, el servidor público se enfrente al problema de comparar y analizar cosas desiguales, lo que sin lugar a dudas aleja la decisión final de los principios que rigen al procedimiento licitatorio y deja a la discrecionalidad de los servidores públicos el determinar que tal o cual listado es completo o no, terreno sin duda fértil para la corrupción.

Concerniente a lo previsto por la fracción III, apartado A, del artículo que se comenta, en cuanto a requerir el análisis, cálculo e integración del factor de salario real, pero sin incluir montos costos e importes, es de señalarse que para la mayoría de los licitadores o participantes, es motivo de desechamiento de sus propuestas, debido a que presentan este cálculo incluyendo montos e importes, siendo que la solución es relativamente sencilla, pues sólo deben de factorizarse los salarios previo al análisis, cálculo e integración solicitados.

En relación con lo requerido por las fracciones IV y V, del apartado A, esto es los programas, sólo cabe señalar que por lo general la subdivisión de los mismos en períodos mensuales es correcta, pero no siempre es así, ya que tratándose de obras pequeñas, con lapsos de ejecución de algunas semanas o pocos meses, el control eficaz y eficiente de la obra, resulta muy difícil con esa unidad de medida del tiempo, por lo que los entes estatales licitantes, deben ponderar esa circunstancia y subdividir los períodos en semanas o quincenas según sea el caso.

Respecto de lo solicitado en el apartado B, para la integración de propuestas correspondientes a los contratos que vayan a ser celebrados bajo la modalidad de precio alzado, desde mi punto de vista, en estricto sentido, la normatividad ha errado, al considerar que por tratarse de un contrato en el que se paga en forma distinta a la tradicional que es la del precio unitario, en el análisis del costo de la propuesta debe prescindirse completamente de la técnica del precio unitario para establecer el costo de las obras, y además se inventó una terminología y conceptos en un afán de sustantivar lo que no es sustantivo, pues con ello sólo se otorga una gran discrecionalidad a la determinación del monto de los trabajos o servicios y de las normas técnicas, que en su caso, han de cumplirse. Sin embargo, me ocuparé más a fondo, de este tema en el cuarto y último capítulo de este trabajo.

Además es importante destacar que el tercer párrafo del artículo 20 del RLOPSRM, establece que los convocantes deben establecer como requisito en las bases de la licitación, que los interesados quedan obligados a incluir en el sobre de la propuesta técnica, copia del recibo de pago de las bases respectivas, ya que en caso contrario no podrá admitirse su participación.

Respecto de los requisitos económicos, señalados en el artículo 27 del RLOPSRM, resulta oportuno efectuar los siguientes comentarios:

Respecto de la fracción I apartado A, es necesario señalar que el RLOPSRM, el cual establece en su artículo 154, establece el concepto de precio unitario, y que éstos deben integrarse con los costos directos correspondientes al concepto de trabajo, los costos indirectos, el costo por financiamiento, el cargo por la utilidad del contratista y los cargos adicionales.

Respecto de la posibilidad de que sea el contratista quien defina los conceptos que integrarán el porcentaje ya indicado, insisto, que en mi opinión, es un error normativo, ya que difícilmente existirá coincidencia y la comparación y evaluación de las proposiciones será entre propuestas desiguales, lo que da lugar a actos discrecionales por parte de los servidores públicos. Ello independientemente de que en la práctica las mas de las veces se requiere que se presente el análisis del total de los conceptos de obra, y de que, en su caso, el licitante ganador, queda obligado a entregar el complemento de los análisis de los precios unitarios, dentro de los quince días naturales siguientes a la emisión del fallo.

Con respecto a lo establecido por la fracción II, apartado A, debe tenerse presente que el artículo 162 del RLOPSRM, establece que el costo directo por materiales es el correspondiente a las erogaciones que hace el contratista para adquirir o producir todos los materiales necesarios para la correcta ejecución del concepto de trabajo, que cumpla con las normas de calidad y las especificaciones generales y particulares de construcción requeridas por el órgano estatal contratante, así mismo, distingue entre los materiales de instalación permanente y los de uso temporal, definiendo a los primeros como aquellos que se incorporan y forman parte de la obra; y a los segundos como los que son utilizados en forma auxiliar y no pasan a formar parte integrante de la obra. Por lo que atinadamente puntualiza que en este último caso se deberá considerar el costo en proporción a su uso.

Igualmente, la norma considera la existencia del costo básico unitario del material el cual debe integrarse sumando al precio de adquisición en el mercado, los de acarreos, maniobras, almacenajes y mermas aceptables durante su manejo. Como consecuencia de lo anterior, la norma establece que cuando se usen materiales producidos en la obra, la determinación del precio básico unitario será motivo del análisis respectivo. Lo cual ha de traducirse en que también debe requerirse a los proponentes la presentación de estos precios básicos unitarios.

Sobre este punto, resulta conveniente destacar que a diferencia de lo señalado en la propuesta técnica, en la económica no se indica que sólo deban mencionarse los más significativos, por tanto, ha de entenderse que sean todos los costos básicos de los materiales. En la práctica, es común el error, tanto de proponentes como de servidores públicos, en considerar que la relación se conforme sólo con los más significativos y en muchos casos los entes estatales licitadores, se ven obligados a subrayar que el listado incluya todos los materiales;

Acerca de lo establecido por la fracción III, apartado A, del dispositivo legal en comento, es de señalarse que el artículo 159, del RLOPSRM establece que el costo directo por mano de obra es el que se deriva de las erogaciones que hace el contratista por el pago de salarios reales al personal que interviene directamente en la ejecución del concepto de trabajo de que se trate, incluyendo al primer mando, entendiéndose como tal hasta la categoría de cabo o jefe de una cuadrilla de trabajadores. Puntualiza el precepto en cita, que no se deben considerar en este costo, las percepciones del personal técnico, administrativo, de control, supervisión y vigilancia, por corresponder a los costos indirectos. Conforme a lo ya indicado, en este punto además de presentar el tabulador de salarios, resulta indispensable que los proponentes presenten el análisis, cálculo e integración de cada salario en forma detallada, lo cual sencillamente se cumple con la presentación del factor de salario real, con montos e importes.

En lo tocante al análisis, cálculo e integración de los costos horarios de la maquinaria y equipo de construcción requerido por la fracción IV, del apartado A, del artículo que se comenta, es de señalarse que a su vez los artículos 163 a 177, del RLOPSRM establecen que el costo directo por maquinaria o equipo de construcción, es el que se deriva del uso correcto de las máquinas o equipos adecuados y necesarios para la ejecución del

concepto de trabajo, de acuerdo con lo estipulado en las normas de calidad y especificaciones generales y particulares que determinen los entes Estatales, conforme al programa de ejecución convenido. Asimismo, se determina que el costo por maquinaria o equipo de construcción, es el que resulta de dividir el importe del costo horario de la hora efectiva de trabajo, entre el rendimiento de dicha maquinaria o equipo en la misma unidad de tiempo. Para lo cual detalla cuales son los cargos que integran a este costo y distingue entre costos fijos, por depreciación, por inversión, por seguros, por mantenimiento mayor o menor, por consumos, por combustibles, por otras fuentes de energía, por lubricantes, por llantas por piezas especiales, y por salarios de operación;

Concerniente a lo requerido por la fracción V, apartado A, del referido precepto legal, es importante tener presente que el artículo 180, del RLOPSRM, determina que éstos corresponden a los gastos generales necesarios para la ejecución de los trabajos no incluidos en los costos directos que realiza el contratista, tanto en sus oficinas centrales como en las de la obra, y comprende entre otros: los gastos de administración, organización, dirección técnica, vigilancia, supervisión, construcción de instalaciones generales necesarias para realizar conceptos de trabajo, el transporte de maquinaria o equipo de construcción, imprevistos y, en su caso, prestaciones laborales y sociales correspondientes al personal directivo y administrativo.

En cuanto al requerimiento de la fracción VI, apartado A, del multicitado artículo 27, del RLOPSRM, el numeral 183 del mismo ordenamiento, establece que éste deberá estar representado por un porcentaje de la suma de los costos directos e indirectos y corresponderá a los gastos derivados por la inversión de recursos propios o contratados, que realice el contratista para dar cumplimiento al programa de ejecución de los trabajos calendarizados y valorizados por periodos. Asimismo, la norma otorga libertad o mejor dicho facultades discrecionales a los órganos estatales contratantes, para establecer el procedimiento para el análisis, cálculo e integración de dicho costo.

En tratándose del requerimiento de la fracción VII, apartado A, del imperativo legal en comento, es de señalarse que el artículo 188 del RLOPSRM, establece que este cargo, es la ganancia que recibe el contratista por la ejecución del trabajo y que debe ser fijado por el propio contratista y estará representado por un porcentaje sobre la suma de los costos directos, indirectos y de financiamiento. Acertadamente, la norma en comento añade que

este cargo, deberá considerar las deducciones correspondientes al impuesto sobre la renta y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, esto por la sencilla razón de que un aspecto importante que es requerido a los participantes es el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y para el estado resulta importante que quien será su cocontratante, prevea el cumplimiento de sus obligaciones de carácter fiscal.

Concerniente al requerimiento informativo contenido en la fracción VIII, del apartado A, del artículo que se diserta, resulta indispensable indicar que al establecer que los materiales deben agruparse por materiales más significativos, se vuelve a cometer el error, de dejar al criterio de los participantes, cuales de todos los materiales tienen la calidad de significativos y cuales no, ya que ello incidirá en que los listados no sea iguales y en el momento procesal oportuno la evaluación y comparación sea efectuada respecto de cosas desiguales, con las consecuencias respectivas, ya comentadas líneas arriba.

Otro aspecto a destacar, es el relativo a que el RLOPSRM, establece que los precios unitarios han de integrarse con los costos y cargos ya indicados, pero inexplicablemente, el artículo 27 en comento, omitió señalar que debe incluirse en la propuesta económica los cargos adicionales, mismos que según el artículo 189, del mismo cuerpo legal define como las erogaciones que debe realizar el contratista, por estar convenidas como obligaciones adicionales o porque derivan de un impuesto o derecho que se cause con motivo de la ejecución de los trabajos y que no forman parte de los costos directos e indirectos y por financiamiento, ni del cargo por utilidad. En el ámbito federal uno de esos cargos es el derecho previsto por el artículo 191 de la Ley Federal de Derechos el cual establece que por el servicio de vigilancia, inspección y control que las leyes de la materia encomiendan a la actual Secretaría de la Función Pública, antes de Contraloría y Desarrollo Administrativo, los contratistas con quienes se celebren contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma, están obligados a pagar un derecho equivalente al cinco al millar sobre el importe de cada una de las estimaciones de trabajo. Así mismo, obliga a los órganos estatales contratantes a retener dicho monto de las estimaciones que paguen y en el supuesto de que exista convenio de colaboración, también pueden cobrar este derecho las Entidades Federativas o Estados Libres y Soberanos, para sí mismos, bajo la condición de que lo destinen a la operación, conservación, mantenimiento e inversión necesarios para la prestación de los servicios a que se refiere el numeral en cita, en los términos que señale dicho convenio. Además es

frecuente que localmente, dichas Entidades Federativas cobren impuestos cuyo origen corresponde directamente a la ejecución de una obra, ejemplo de ello es el gravamen sobre nóminas que se cobra en el Distrito Federal y que está previsto en los artículos 178 a 181 del Código Financiero del Distrito Federal.

Igualmente, es necesario resaltar que tratándose de obras a realizarse con contratos en los que se acordará que la forma de pago sea el precio alzado, la norma prevé el requerimiento de documentos diferentes a los establecidos para el contrato sobre la base de precios unitarios, lo cual resulta ilógico, ya que lo único que cambia en esencia en ambos contratos, es la forma de pago, por tanto, resulta injustificado que para el caso la norma se aleje totalmente de la técnica de los precios unitarios y pretenda que este tipo de contratos se estructuren con otros documentos, como si en realidad pudiera determinarse con precisión el costo de una obra con una técnica esencialmente diferente, pues como ya se indicó se pretende sustantivar lo que no es sustantivo sino adjetivo.

Tocante a la contratación de servicios relacionados con la obra pública, el artículo 205 del RLOPSRM, establece cual debe ser el contenido mínimo de los pliegos de requisitos o bases de la licitación y consecuentemente de las propuestas, facultando a los entes estatales contratantes para adecuarlos atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los servicios, conforme a lo siguiente:

“Artículo 205.- Las propuestas de servicios podrán contener los siguientes documentos, los que podrán adecuarse atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los servicios:

A. Tratándose de la parte técnica:

- I. Currículum de los profesionales técnicos a su servicio, identificando a los que se encargarán de la ejecución de los trabajos, los que deben tener experiencia en trabajos similares;
- II. Señalamiento de los servicios que haya realizado y que guarden similitud con los que se licitan o de aquellos que se estén ejecutando a la fecha de la licitación, anotando el nombre del contratante, descripción de los servicios, importes ejercidos y por ejercer, y las fechas previstas de sus terminaciones, en su caso;
- III. Organigrama propuesto para el desarrollo de los servicios; relación del personal anotando especialidad, categoría y número requerido, así como las horas-hombre, necesarias para su realización por semana o mes;
- IV. Programa calendarizado de ejecución general de los servicios, que refleje el porcentaje del avance en la ejecución de los trabajos o en la entrega del producto esperado;

- V. Programas calendarizados y cuantificados en partidas o actividades de suministro o utilización mensual para los siguientes rubros:
 - a. De la maquinaria o equipo requerido, incluyendo el científico, de cómputo, de medición y, en general, el necesario para proporcionar el servicio, anotando características, número de unidades y total de horas efectivas de utilización, y
 - b. Del personal que se empleará para realizar los servicios, indicando la especialidad, número requerido, así como las horas-hombre necesarias para la prestación de los servicios;
 - VI. Relación de los bienes y equipos científicos, informáticos e instalaciones especiales que, en su caso, se requieran, indicando sus características;
 - VII. Metodología de trabajo propuesta, señalando sistemas, tecnologías, procedimientos por utilizar, alternativas por analizar, profundidad del estudio y forma de presentación de los resultados, según el caso;
 - VIII. Manifestación expresa y por escrito de conocer los términos de referencia y las especificaciones generales y particulares del servicio a realizar, y su conformidad de ajustarse a sus términos, y
 - IX. Los demás documentos requeridos por la convocante en las bases.
- B. Tratándose de la parte económica:
- I. Cuando se trate de servicios que consideren precios unitarios, el catálogo de conceptos, conteniendo descripción, unidades de medición, cantidades de trabajo, precios unitarios con número y letra e importes parciales y totales de la propuesta, debiendo presentar una relación de conceptos de trabajo más significativos, de los cuales deberán presentar análisis;
 - II. Cuando se trate de servicios a base de precio alzado, red de actividades, cédula de avances y de pagos programados, calendarizados y cuantificados mensualmente por actividades a ejecutar y programa de ejecución general de los trabajos;
 - III. Presupuesto total de los servicios, según el tipo de contrato que se requiera;
 - IV. Datos básicos de costos del personal a utilizar, sólo cuando se trate de precios unitarios;
 - V. En su caso, porcentaje o datos básicos de costos de la herramienta y del equipo científico y de seguridad que utilizará el personal en la prestación del servicio, sólo cuando se trate de precios unitarios;
 - VI. Programas de erogaciones calendarizados y cuantificados en partidas o actividades de utilización mensual para los siguientes rubros:
 - a. Maquinaria y equipo requerido, incluyendo el científico, de cómputo, de medición y en general, y
 - b. Personal que se propone para proporcionar los servicios, indicando la especialidad, y
 - VII. Los demás documentos requeridos por la convocante en las bases."

Respecto de la idoneidad de las personas señalada en como requisito de las bases de la licitación o pliego de requisitos, en la fracción III del artículo 24 del RLOPSRM, es decir, los impedimentos para recibir propuesta y lógicamente para celebrar contrato, como ya se indicó, están señalados en el artículo 51 de la LOPSRM y se hacen consistir en IX

hipótesis, que a continuación se detallan en igual número de fracciones contenidas en el citado precepto legal, mismo que se reproduce a la letra.

“ARTÍCULO 51.- Las dependencias y entidades se abstendrán de recibir propuestas o celebrar contrato alguno en las materias a que se refiere esta Ley, con las personas siguientes:

- I. Aquéllas en que el servidor público que intervenga en cualquier etapa del procedimiento de contratación tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquellas de las que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;
- II. Las que desempeñen un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien, las sociedades de las que dichas personas formen parte, sin la autorización previa y específica de la Contraloría conforme a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; así como las inhabilitadas para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público;
- III. Aquellos contratistas que, por causas imputables a ellos mismos, la dependencia o entidad convocante les hubiere rescindido administrativamente un contrato dentro de un lapso de un año calendario contado a partir de la notificación de la rescisión. Dicho impedimento prevalecerá ante la propia dependencia o entidad convocante durante un año calendario contado a partir de la notificación de la rescisión;
- IV. Las que se encuentren inhabilitadas por resolución de la Contraloría, en los términos del Título Séptimo de este ordenamiento y Título Sexto de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público;
- V. Aquéllas que hayan sido declaradas en suspensión de pagos, estado de quiebra o sujetas a concurso de acreedores;
- VI. Los licitantes que participen en un mismo procedimiento de contratación, que se encuentren vinculados entre sí por algún socio o asociado común;
- VII. Las que pretendan participar en un procedimiento de contratación y previamente, hayan realizado o se encuentren realizando por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, en virtud de otro contrato, el proyecto; trabajos de dirección, coordinación, supervisión y control de obra e instalaciones; laboratorio de análisis y control de calidad, geotecnia, mecánica de suelos y de resistencia de materiales; radiografías industriales; preparación de especificaciones de construcción; presupuesto de los trabajos; selección o aprobación de materiales, equipos y procesos, o la elaboración de cualquier otro documento vinculado con el procedimiento, en que se encuentran interesadas en participar;
- VIII. Aquéllas que por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, pretendan ser contratadas para la elaboración de dictámenes, peritajes y avalúos, cuando éstos hayan de ser utilizados para resolver discrepancias derivadas de los contratos en los que dichas personas o empresas sean partes, y

IX. Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de ley."

Tal como fue comentado al tratar lo relativo al principio de concurrencia y competencia, dichas prohibiciones tienen como propósito fundamental que exista honradez en el trato de los servidores públicos con los proponentes participantes, por ello, están dirigidas a evitar que existan relaciones de parentesco, comerciales, societarias, o de interés pecuniario, entre ellos, y que los últimos hayan dado cumplimiento a sus compromisos contractuales, y que no hayan sido sancionados por el comportamiento contrario, que su situación financiera no ponga en peligro el cumplimiento de los contratos etcétera.

Sobre este tema resta tratar algunos puntos, el primero es la crítica esgrimida por tratadistas como Gordillo³⁸⁰, quien señala que existe una excesiva reglamentación de los pliegos de requisitos o bases de la licitación, que incluso resulta irracional, debido a que para cada licitación, los servidores públicos, pretenden introducir en nuevas cláusulas o normas, las experiencias adquiridas en anteriores licitaciones, aspecto que da lugar a que se pretenda legislar inventando requisitos no previstos por la norma, especialmente debido a que por lo general, las unidades administrativas que substancian estas licitaciones están conformadas por profesionales técnicos en la materia, es decir, ingenieros y arquitectos, pero no abogados, por lo que resulta indispensable una reforma legal para que la norma obligue a que las áreas jurídicas, de los entes estatales contratantes, revisen a detalle las propuestas de modificación a las bases de la licitación, a fin de que no se caiga en dicho error, el cual suele ser frecuente ante tantos requisitos que por su propia naturaleza ya contiene este tipo de documentos.

Un segundo tema a tratar es el concerniente a la posibilidad de otorgar a los particulares el derecho de participar en la formulación de los pliegos de condiciones o requisitos, esta participación, es una propuesta dogmática formulada por Gordillo³⁸¹, quien plantea el problema expresando que la preparación unilateral y reservada de los pliegos por parte del estado, sin previa publicidad ni posibilidad de conocimiento e intervención igualitaria de los futuros posible oferentes, lleva a frecuentes desconocimientos de la realidad comercial, lo cual tiene el efecto de encarecer las propuestas, en el caso de que lo solicitado conlleve condiciones innecesariamente onerosas o desventajosas para los

³⁸⁰ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-21.

³⁸¹ Ídem. Pág. XII-23.

eferentes, que además no cumplen con un fin práctico para el estado o inciden en el precio más de lo que significan para el propio estado.

Como solución a este problema, el tratadista señala que la publicidad y la concurrencia en el procedimiento licitatorio, debe darse desde que se inicia la preparación o formulación de los pliegos de requisitos o bases de la licitación, lo cual consistiría en que una vez formulado el proyecto de pliego, se haría el llamado a la licitación o publicación de la convocatoria para que los oferentes interesados, estudien el documento y propongan las modificaciones o adecuaciones al pliego o al contrato, que estimen convenientes, lo cual permitiría a los órganos estatales contratantes, estudiar todas las objeciones y propuestas y mejorar tanto el llamado, como el contrato y proyecto técnico definitivo, evitando así la imposición de cargas no necesarias que repercutan negativamente en los precios. Desde mi punto de vista en materia de obra pública, esto sólo sería dable en los llamados proyectos integrales o llave en mano, en los que el estado no tenga claro el concepto de ingeniería o arquitectura que desea construir y requiera de la participación de expertos para esclarecer dicho concepto, sin embargo, también puede ser que esto sea solucionado con la contratación de servicios que consistan en consultorías al respecto.

Un último punto a tratar sobre el tema de los pliegos de requisitos o bases de la licitación, es el relativo a la posibilidad de que se permita a los oferentes interesados impugnar dichos documentos. Esta tesis es sustentada por Gordillo³⁸² y Dromi³⁸³, el primero de ellos, señala que con fundamento en argumentos de razonabilidad o justicia natural y de congruencia, es necesario plantear la publicidad de los pliegos y el derecho de los particulares a impugnarlos, y sostiene que de poco o nada vales el conocer los pliegos y advertir sus dislates o negociados, o la dilapidación de fondos públicos o que el pliego está dirigido a persona o empresa determinadas, si no se puede hacer nada, sino acudir a los medios de prensa.

Señala el autor que una de las formas en que se evita todo tipo de impugnaciones, es señalando en los pliegos la prohibición de que quien tenga cualquier litigio o controversia pendiente con el ente estatal contratante queda impedido de ofertar o ser adjudicatario, lo cual no sólo aplica para casos anteriores, sino para futuro, ya que quien impugne un

³⁸² Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-11 a XII-14.

³⁸³ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 265 a 269.

pliego por observar ilegalidades en él, quedará inmerso en la citada prohibición. Por ello propone que se legitime a los potenciales oferentes a cuestionar el contenido y legalidad de los pliegos de requisitos o bases de la licitación, pues en estos documentos donde se cometen las grandes tropelías y el uso indebido de los recursos públicos, pues es ahí donde están las bases de la corrupción ulterior, por ello, propone retomar la naturaleza jurídica de la licitación, ya que en la interpretación clásica de ésta, se establece que se trata de un acto de naturaleza reglamentaria, por tanto, no es posible impugnarlos judicialmente, ya que en estricto sentido no afectan en forma directa e inmediata los derechos subjetivos sino en todo caso existen intereses legítimos, pero argumenta que existen derechos subjetivos y de incidencia colectiva, debido a que mediante la celebración de los contratos administrativos, se ejercen los recursos públicos, que no son otra cosa que el dinero de todos, producto de los impuestos que pagamos al estado y manifiesta que la legitimación es constitucional y los ciudadanos debemos tener derecho de ver y criticar judicialmente lo que el estado hace con el erario público, mediante el reconocimiento del derecho a discutir judicialmente la ilegitimidad de un acto reglamentario.

Desde mi punto de vista ello conllevaría a la dilatación casi exagerada de estos procedimientos, por personas que tal vez nunca participen en este tipo de procedimientos, además de que estoy de acuerdo con la naturaleza jurídica, llamada clásica de la licitación, por ello, me resulta más coherente el punto de vista de Dromi, quien señala que cuando arbitrariamente se excluya o impida participar en una licitación, a oferentes o terceros interesados o cuando los pliegos contengan cláusulas ilegales, limitativas, oscuras, que induzcan al error, o de objeto imposible, o exigencias que contravengan el pliego reglamentario o la ley, requisitos formales superfluos, cláusulas indeterminadas, preferencias o marcas no autorizadas por la ley, o cláusulas que no se ajusten al objeto del llamado, los oferentes y terceros interesados deberán impugnar el pliego.

En el caso de los oferentes participantes en el procedimiento licitatorio, no tengo duda del derecho subjetivo que les asiste para presentar una inconformidad contra el procedimiento, al momento en que sientan que son vulnerados sus derechos subjetivos e incluso su interés legítimo, en este punto debe tenerse presente que el postulante o proponente, está de acuerdo con todos los términos y condiciones establecidas en el pliego de requisitos, por lo que resulta inadmisibles que con posterioridad al acto de fallo e

incluso de presentación de las propuestas, basado en el hecho de que la decisión no le fue favorable, alguno de los participantes en el procedimiento, inicie una inconformidad, siendo que no se opuso a ello con anterioridad, ya que ello infringiría el principio de igualdad de condiciones para todos los oferentes.

Sin embargo, coincido con el autor en el sentido de que resulta necesario que a los participantes oferentes se les otorgue el derecho no sólo de formular preguntas aclaratorias a dichos documentos, sino que deben tener el derecho a impugnarlos antes de presentar sus propuestas o bien al momento de presentarlas, requiriendo que se formulen las aclaraciones o se realicen las modificaciones respectivas, ya que la inconformidad debe intentarse cuando los proponentes u oferentes consideren que existe alguno de los supuestos comentados por el autor de mérito, y que él o ellos violan sus derechos subjetivos o su interés legítimo, por ser contrarios a derecho.

3.2.3.3.- LLAMADO A LA LICITACIÓN O PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA.

Como su nombre lo indica, consiste en el llamado que realiza el estado, convocando a los particulares interesados a que participen en el procedimiento. Las más de las veces, la norma jurídica establece que el documento llamado convocatoria, que es donde se contiene el llamado a participar en el procedimiento de contratación, establece tanto los requisitos con que ha de cumplir dicho llamado, así como las veces y los medios por los cuales ha de dársele difusión a éstos. Respecto de la existencia de esta etapa, parece existir consenso doctrinario, así los autores Gordillo³⁸⁴, Escola³⁸⁵, Berçaitz³⁸⁶, Dromi³⁸⁷, Cassagne³⁸⁸, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³⁸⁹, Fernández Ruiz³⁹⁰ y López-Elías³⁹¹, entre otros, dan cuenta de la existencia de esta etapa del proceso licitatorio, aunque, hay quien distingue entre el llamado y la publicación, siendo que en estricto sentido se trata de hechos y actos administrativos que se dan dentro de esta fase del procedimiento.

³⁸⁴ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-26.

³⁸⁵ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 660 y 661.

³⁸⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Pág. 327.

³⁸⁷ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 227 a 306.

³⁸⁸ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 52 y 53.

³⁸⁹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 329 y 330.

³⁹⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 178 a 180.

³⁹¹ López Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 111 y 112.

Varios tratadistas, parecen coincidir en que es facultad discrecional de los servidores públicos el determinar que ciertas convocatorias, puedan recibir mayor difusión de la prevista en la ley, por lo que señalan que aunque ello no ha de ser decidido en forma arbitraria, ya que sería causa de responsabilidad para los mismos, en ciertos casos pueden decidir a cerca de la publicación de la convocatoria en más medios, incluyendo de los electrónicos de difusión masiva, como son la radio y la televisión.

En lo personal yo disiento de esta opinión, por la aplicación del principio de legalidad ya invocado, pero la verdad es que siguiendo, su finalidad y esencia, la conclusión obligada resulta ser que las convocatorias sólo han de publicarse, o ha de dárseles difusión sólo por los medios legalmente autorizados, ya que en estricto sentido como la ley no prevé otros medios de difusión, ni siquiera se contará con partida presupuestal autorizada para efectuar el gasto y de cualquier modo, de efectuarse éste implicaría un gasto injustificado, por no preverlo la norma. La publicación de mérito ha de efectuarse en el medio previsto por la ley y otorgando a los particulares interesados o futuros proponentes el tiempo suficiente, no sólo para conocer la convocatoria, sino para saber de buena tinta, el contenido del pliego de requisitos, ya que de lo contrario estará imposibilitado para determinar si le interesa y conviene participar en el procedimiento licitatorio. Así mismo debe recordarse que de esta forma se cumple en parte con uno de los principios jurídicos fundamentales de este procedimiento administrativo especial, condicionado por su objeto.

En nuestro caso particular, en materia de obra pública, la LOPSRM, regula la emisión de las convocatorias en los artículos 27, cuarto párrafo, 31, 32, 33, 35 y 20 del RLOPSRM, los cuales determinan que uno de los medios de difusión, tanto de la convocatoria como de las bases de la licitación, está a cargo de la Secretaría de la Función Pública, a través de Internet, como medio de difusión electrónica, en el sistema Compranet, ya comentado en el segundo capítulo de éste trabajo. Es importante destacar que en paralelo, debe efectuarse la publicación de la convocatoria a través del Diario Oficial de la Federación y del ya citado medio, para lo cual los órganos estatales contratantes, están obligados a remitir con la debida antelación esa información al mencionado sistema, por supuesto por la misma vía, es decir, electrónica, por lo que desde el primer momento, los interesados pueden, no sólo consultar sino obtener gratuitamente dichos documentos, para así proceder a su análisis detallado, y tomar de decisión que les resulte más conveniente.

En cuanto a los requisitos con que debe cumplir el llamado a ofertar, estos se establecen en el ya citado artículo 31 de la LOPSRM, el cual establece a la letra:

“ARTÍCULO 31.- Las convocatorias podrán referirse a una o más obras públicas o servicios relacionados con las mismas, y contendrán:

- I. El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;
- II. La forma en que los licitantes deberán acreditar su existencia legal, la experiencia y capacidad técnica y financiera que se requiera para participar en la licitación, de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;
- III. La indicación de los lugares, fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases de la licitación y, en su caso, el costo y forma de pago de las mismas. Cuando las bases impliquen un costo, éste será fijado sólo en razón de la recuperación de las erogaciones por publicación de la convocatoria y de la reproducción de los documentos que se entreguen; los interesados podrán revisarlas previamente a su pago, el cual será requisito para participar en la licitación. Igualmente, los interesados podrán consultar y adquirir las bases de las licitaciones por los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría;
- IV. La fecha, hora y lugar de celebración de las dos etapas del acto de presentación y apertura de proposiciones y de la visita al sitio de realización de los trabajos;
- V. La indicación de si la licitación es nacional o internacional; y en caso de ser internacional, si se realizará o no bajo la cobertura del capítulo de compras del sector público de algún tratado, y el idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;
- VI. La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes, podrán ser negociadas;
- VII. La descripción general de la obra o del servicio y el lugar en donde se llevarán a cabo los trabajos, así como, en su caso, la indicación de que podrán subcontratarse partes de los mismos;
- VIII. Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;
- IX. Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían;
- X. La indicación de que no podrán participar las personas que se encuentren en los supuestos del artículo 51 de esta Ley;
- XI. Determinación, en su caso, del porcentaje de contenido nacional, y
- XII. Los demás requisitos generales que deberán cumplir los interesados, según las características, complejidad y magnitud de los trabajos.”

La convocatoria y las bases estarán a disposición de los interesados, desde el día en que se publique la convocatoria y hasta inclusive, el sexto día natural previo, al acto de presentación y apertura de las proposiciones, por lo que la adquisición de las bases queda bajo la estricta responsabilidad de los interesados, quienes como ya se dijo para su

estudio y análisis pueden adquirir, tanto la convocatoria las bases de la licitación, en forma gratuita vía Internet.

Las bases pueden ser entregadas en forma gratuita, pero cuando se establezca un costo para su adquisición, el precio de venta deberá determinarse dividiendo el monto de los gastos en que haya incurrido, únicamente por concepto de publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Federación y de reproducción de los documentos que integren las bases, entre el número de interesados que estima las adquirirán. Es de destacarse que dichos gastos no deben considerar los costos derivados de los estudios, proyectos, asesorías, materiales de oficina, servicios de mensajería y cualquier otro originado con motivo de la preparación de las bases, y que el pago se hará en la forma y en el lugar indicado en la convocatoria.

En cuanto al momento en que el particular adquiere el derecho a participar en el procedimiento licitatorio, la norma señala que podrá hacerlo todo interesado que pague el importe de las bases, al cual se le entregará un comprobante, es decir, se elimina lo que antes se denominaba inscripción en la licitación, y dado que la venta de bases se efectúa directamente, pero también vía Internet, los entes estatales ya no saben con exactitud cuantos interesados participaran en el procedimiento licitatorio, por el simple hecho de haber comprado las bases. La convocatoria ha de ser publicada exclusivamente en el Diario Oficial de la Federación.

En cuanto a modificaciones tanto a la convocatoria como a las bases, se establece que siempre que ello no tenga por objeto limitar el número de licitantes, los entes estatales quedan facultados para modificar los plazos u otros aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de licitación, durante el mismo lapso en que las bases quedan a disposición de los interesados, instituyendo que tratándose de la convocatoria, las modificaciones deben hacerse del conocimiento de los aquellos a través de los mismos medios utilizados para su publicación, y en el caso de las bases de la licitación, debe publicarse un aviso en el Diario Oficial de la Federación, a fin de que los interesados concurren ante el órgano estatal contratante, para conocer de manera específica, las modificaciones respectivas. Igualmente se enfatiza que no será necesario hacer la publicación del aviso ya referido, cuando las modificaciones deriven de las juntas de aclaraciones, siempre que a más tardar en el plazo señalado en este artículo, se entregue

copia del acta respectiva a cada una de las personas que hayan adquirido las bases. La norma prohíbe que las modificaciones puedan consistir en la sustitución o variación sustancial de los trabajos convocados originalmente, o bien, en la adición de otros distintos.

3.2.3.4.- LA PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS U OFERTAS.

Respecto de la existencia de esta etapa como tal, no existe una postura doctrinaria uniforme, en general el análisis doctrinario de esta etapa de la licitación abarca desde la preparación de la propuesta, la naturaleza jurídica de los licitadores u oferentes, la presentación de las ofertas, los efectos de este acto, la apertura de ellas hasta antes de la adjudicación, separándose en algunos casos la fase de apertura en ese sentido se expresa autores como Dromi³⁹², Gordillo³⁹³, Cassagne³⁹⁴, Escola³⁹⁵, la califican de oferta o presentación de la misma, y la analizan junto con el acto de presentación y apertura de las proposiciones, consecuentemente al establecer su naturaleza jurídica la califican de compleja, debido a la unión de las etapas ya indicadas, le da el tratamiento de presentación de la oferta de contrato; Fernández Ruiz³⁹⁶, la analiza tanto su preparación como entrega y López-Elías³⁹⁷, la analiza tanto a quien la genera como a ella misma, es decir, a los licitadores y sus ofertas, pero incluye en esta parte la presentación y apertura de las mismas; Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa³⁹⁸, la analiza como presentación de la oferta, considerando su preparación y presentación pero sin entrar al estudio de lo que acontece en el acto de presentación y apertura de las ofertas, que es la postura que me parece correcta.

Entre la venta de las bases de la licitación o pliego de requisitos, en materia de obra pública, por lo general existen dos actos que resultan fundamentales para la elaboración de las propuestas y esos son la visita al sitio de ejecución de los trabajos y la junta de aclaraciones, reguladas por los artículos 21 y 22 del RLOPSRM.

³⁹² Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 353 a 406

³⁹³ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-27 a XII-41.

³⁹⁴ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 53 a 55.

³⁹⁵ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 661.

³⁹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 180 a 183.

³⁹⁷ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 123 a 158.

³⁹⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 330 a 335.

Como ya se indicó, estos actos, son de realización optativa para los licitadores, sin embargo, en el primer caso, la norma los obliga a incluir en la parte de su propuesta un escrito en el que manifiesten que conocen el sitio de realización de los trabajos y sus condiciones ambientales, mismo que tiene el efecto de evitar que puedan invocar el desconocimiento del sitio como excluyente del cumplimiento sus obligaciones contractuales o como causal para solicitar modificaciones al contrato por este motivo, es decir, esto constituye una extensión de la garantía de igualdad de condiciones para todos los participantes, aún después de terminado el procedimiento de contratación, mediante la vigencia del *pacta sunt servanda*, una vez formalizado el instrumento jurídico, ya que no será posible la celebración de convenios de ninguna clase con sustento en el argumento de que existía desconocimiento de algún aspecto del sitio de ejecución de los trabajos.

Así mismo se autoriza a los participantes e incluso simples interesados, es decir, quienes en ese momento no han adquirido las bases de la licitación, a que asistan a través de representantes y auxiliares. Respecto de las personas que adquieran las bases con posterioridad a la realización de la visita, los órganos estatales convocantes quedan obligados a permitirles el acceso al lugar en que se llevarán a cabo los trabajos, siempre que lo soliciten con anticipación de por lo menos veinticuatro horas a la conclusión del periodo de venta de las bases, aunque no tienen la obligación de designar a personal técnico para que los guíe en la visita.

Como ya quedo indicado al tratar lo atinente al pliego de requisitos, los efectos jurídicos de la visita al sitio de los trabajos, tiene el propósito de que el interesado u oferente y su personal técnico, conozcan las condiciones físico-climáticas en que serán ejecutados los trabajos, que por ende repercutirán en la forma en que sea organizada y realizada su ejecución, sin embargo, el conocimiento del sitio de los trabajos, no tiene ni puede tener, cuando menos en los contratos celebrados sobre la base de precios unitarios, el efecto de que el futuro contratista quede obligado a prever todo lo necesario para la ejecución de los trabajos, incluyendo la formulación o modificación de proyectos, planos, e incluso determinar la ejecución de conceptos de obra no previstos, así como tampoco el cambio de especificaciones técnicas de construcción, ya que ello implica exigencias que van más allá de la obligación originalmente contraída.

Con respecto a la junta de aclaraciones, la norma establece que ésta deberá celebrarse con posterioridad a la visita al sitio de los trabajos, debido que para esa posterioridad, no se ha establecido en un lapso determinado, en la práctica se ha hecho costumbre que dicho evento tenga verificativo inmediatamente después. La norma también señala que pueden celebrarse el número de juntas de aclaraciones que sean necesarias, atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los trabajos a realizar, debiendo comunicar a los asistentes en cada junta, la nueva fecha de celebración.

A estos eventos, contradictoriamente, a diferencia de la visita al sitio de los trabajos, sólo pueden participar los licitadores que hubieran adquirido las bases, y en ellas tendrán el derecho de solicitar aclaraciones o modificaciones a las bases, sus anexos y a las cláusulas del modelo de contrato, solicitudes que los entes estatales, están obligados a ponderarlas y darles respuesta puntual. En la práctica, dada la inmediatez de los actos en comento, es común que los licitadores formulen sus preguntas en forma verbal, y éstas sean contestadas de la misma forma, sin que se dé cuenta de todas las preguntas y respuestas en el acta circunstanciada que se levanta para dar constancia del acto, por ello, la recomendación general es que las preguntas sean formuladas por escrito.

Como ya se indicó, la norma obliga al levantamiento de una acta de tipo circunstanciada, que debe contener las preguntas formuladas por los licitadores, las respuestas del órgano estatal contratante, en su caso, los datos relevantes de la visita al sitio de realización de los trabajos; dicho documento ha de ser firmado por todos los asistentes al acto y deberá entregarse copia del mismo a todos los presentes, además será puesto a disposición de quienes no hayan asistido, ya sea en las oficinas de la convocante o por medios de difusión electrónica. Además, se permite que el licitador, es decir, quien llama a ofertar, reciba preguntas adicionales con posterioridad a la celebración de la junta de aclaraciones, a las que deberá dar contestación antes de que termine el último día de la venta de bases. En la práctica generalmente ello acontece el mismo día en consecuencia por lo general los participantes quedan impedidos de facto del ejercicio de este derecho.

Como puede apreciarse es éste el momento más oportuno para que los licitadores ejerzan el derecho de impugnar el contenido de las bases de la licitación, del contrato o de sus anexos y de hecho la norma lo permite veladamente al señalar que éstos tienen el derecho de solicitar aclaraciones o modificaciones a dichos documentos, sin embargo,

dada la inmediatez de la respuesta difícilmente podrán ejercer ese derecho a plenitud, por ello, en mi opinión debe modificarse la ley para efecto de establecer un tipo de recurso de respuesta casi inmediata, en el que se obligue a los órganos estatales, a emitir una respuesta debidamente fundada y motivada en un lapso de cinco días hábiles, fecha después de la cual, ha de correr un lapso improrrogable para presentar las propuestas. Mientras no se establezca claramente la posibilidad de impugnar los pliegos de requisitos o bases de la licitación, ante la obligación de los participantes de ajustar su propuesta a los términos establecidos en éstos, prevalecerá la constante violación de los principios jurídicos que rigen a la licitación, ya que basta dar lectura a cualquier pliego para observar que contiene cuando menos una o dos exigencias que exceden el espíritu de la ley y violan los citados principios, en beneficio de algunos cuantos que preferirían que esta situación prevaleciera, pues aún cuando el procedimiento está estructurado para evitar actos de corrupción, la verdad es que ésta prevalece, desde el origen del procedimiento, esto es, a partir del momento y por la forma y términos, en que los pliegos de requisitos o bases de la licitación son formulados.

En cuanto a la formulación de las propuestas, y de la persona que debe hacerlo, la norma jurídica regula esto en los artículos 36, tercer párrafo, 51 de la LOPSRM, y 23 del RLOPSRM, los cuales establecen que los licitadores están obligados a preparar sus propuestas conforme a lo establecido en las bases, así como a lo determinado en las aclaraciones y modificaciones que, en su caso, afecten a aquéllas. Dada la naturaleza del acto, es decir, reconociendo que mediante esta propuesta se hace una oferta de contrato, la norma obliga a que el licitador firme cada una de las fojas que la integren, la cual ha de ser entregada en dos sobres uno conteniendo la propuesta técnica y el otro la económica, claramente identificados, en su parte exterior y cerrados.

Como ya quedo expresado, sólo pueden adquirir las bases de la licitación o el pliego de requisitos, las personas interesadas que no tengan ningún impedimento legal para presentar su propuesta, y en su caso, para celebrar el contrato de obra pública o de servicios relacionados con la misma, esto es así porque la finalidad del procedimiento licitatorio es la de seleccionar a la persona que será el cocontratante del estado, por lo que todos los aspirantes quedan obligados a cumplir varios requisitos, para demostrar su idoneidad como contratista. ¿Pero, quien es esta persona? Contratistas o cocontratantes

del estado, lo son todas las personas físicas o morales que no estén ubicadas en algunas causales que lo inhabilitan como tal.

Sin embargo, esto, la no-idoneidad, es una circunstancia que el ente Estatal debe acreditar durante el procedimiento, en razón de que se establece como principio general, que no se podrá impedir el acceso a quienes hayan cubierto el costo de las bases de la licitación y decidan presentar su documentación y proposiciones durante el acto de presentación y apertura de las proposiciones, luego entonces, considerando que uno de los requisitos solicitados a los interesados es una carta en la que manifiesten bajo protesta de decir verdad, que no se encuentran en ninguno de los supuestos del artículo 51 de la LOPSRM, queda a cargo del estado, el acreditar que tal o cual persona se ubica en alguna de las hipótesis previstas en el citado precepto legal, pues de lo contrario, ha de creer en lo afirmado por el oferente.

Sin embargo, como lo señala López Elías³⁹⁹, para excluir a un oferente o licitador, es necesario seguir un procedimiento de exclusión, que debe ajustarse a las pautas generales establecidas para el procedimiento administrativo. Consecuentemente la causal debe estar prevista expresamente por la norma jurídica, debe estar precedido de una investigación administrativa, de la cual se debe dar vista al interesado, otorgándole el derecho de conocer el hecho que se le imputa y a defenderse, en general han de respetarse las garantías del debido proceso legal, mismo que ha de concluir con una resolución debidamente fundada y motivada, la cual, por supuesto, es susceptible de ser recurrida, ya sea mediante el recurso de revocación o ante la autoridad judicial, pero ni la LOPSRM, ni el RLOPSRM, prevé la substanciación de tal procedimiento.

Los licitadores, proponentes u oferentes, son las personas que inicialmente se interesan en las convocatorias o llamados de ofertas, que son formuladas y publicitadas por los órganos estatales, y que en el caso de la legislación vigente, adquieren las bases de la licitación o pliego de requisitos, en otros países se inscriben para poder participar en el procedimiento, y cumplido este requisito, proceden a formular una oferta o propuesta de contrato, debido a ese interés que tienen en celebrar contrato con el estado, en el caso específico, para ejecutar una obra pública o prestar un servicio relacionado con ésta.

³⁹⁹ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 138.

Respecto de los requisitos que estas personas deben cumplir, ya vimos en el pliego de requisitos o bases de la licitación, que por una parte la LOPSRM, en su artículo 33 fracciones II y XIII, señala que son las bases el documento donde se indicará los requisitos que deben cumplir quienes participen en dichos procedimientos para acreditar su existencia legal y la personalidad jurídica del licitador, así como la experiencia, capacidad técnica y financiera necesaria, la cual ha de ser acorde con las características, complejidad y magnitud de los trabajos. Asimismo, ya analizamos como el RLOPSRM, en su artículo 24, establece que a los oferentes ha de requerírseles información para que acrediten o señalen: un domicilio legal para oír y recibir notificaciones; no estar ubicado en alguna hipótesis que impida la aceptación de su propuesta, o la celebración del contrato, en su caso; el estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, así como contar con capacidad financiera suficiente para la ejecución de la obra o la prestación de los servicios; acreditación de su existencia legal, para lo cual en el caso de las personas físicas deben presentar copia de identificación oficial vigente con fotografía, o en el caso de las morales los datos generales de la sociedad, como son su registro federal de contribuyentes, denominación o razón social, nombres de los accionistas, datos generales de las escrituras constitutivas, y de los poderes notariales otorgados a sus representantes etc., y como ya se indicó, sólo serán motivo de cotejo y revisión exhaustiva, los documentos originales o las copias certificadas que de éstos últimos documentos presente el proponente ganador.

Esto es, los interesados deben cumplir con las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por el estado, especialmente en materia de obra pública, se exige que el oferente o licitador, demuestre contar con la experiencia suficiente para la ejecución de los trabajos o la prestación de los servicios, ya sea directamente o a través de las personas que dependen de él, trátase de persona física o moral, ya que en ambos casos puede ser que carezca de esa experiencia en lo personal tanto la persona física, como la persona moral, pero resulta perfectamente válido que lo acredite mediante la experiencia de sus empleados o factores, tal como lo establece el artículo 26 del RLOPSRM, en sus fracciones III y IV, al señalar como requisito a cumplir en la propuesta técnica, la presentación que acredite la experiencia tanto de la empresa como de los profesionales técnicos a su servicio.

Una vez que el licitador o proponente ha adquirido esa categoría, es decir, en el caso mexicano, adquirió las bases y en otros se inscribió en el procedimiento como participante, tiene a su cargo estudiar el contenido de las bases de la licitación o pliego de requisitos, al igual que lo acontecido en la visita al sitio de los trabajos y la junta de aclaraciones, especialmente en lo referente a las modificaciones que se hubieran hecho a dicho documento. Sin duda este análisis y la formulación de la propuesta constituye el acto más importante desarrollado por el oferente, ya que de haber comprendido bien los requisitos, de haber estudiado con detenimiento la obra o servicio a realizar, depende el resultado de la licitación, es decir, el sentido en que el fallo sea emitido, e incluso no quedar excluido aún antes de que ello acontezca.

La opinión doctrinaria ha considerado que las propuestas u ofertas deben cumplir con ciertos requisitos, que han sido clasificados en tres grandes grupos o categorías jurídicas que identifican como: a) subjetivos; b) objetivos y c) formales. Pero antes de analizarlos, bien conviene decir, lo que por oferta o propuesta, debe entenderse, especialmente para la licitación pública. En mi opinión, sin duda se trata de una declaración unilateral de voluntad, formulada expresamente, por una persona física o moral, que ha adquirido la calidad de licitador, mismo que la dirige al órgano estatal convocante o solicitante, con el propósito de celebrar formal contrato, para lo cual ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos, bajo la perspectiva de que el ente convocante, determine si ésta contiene los elementos necesarios, para objetivamente, calificarla como la más ventajosa para sus intereses, por contener las condiciones más convenientes en cuanto a precio, calidad financiamiento y oportunidad.

En cuanto a los requisitos subjetivos, estos se refieren al sujeto o persona que está habilitada para formular la propuesta, esto es, quiénes son oferentes, licitadores o proponentes, ya que sólo ellos o su mandatario debidamente acreditado, podrán formular la oferta. Como ya quedó asentado, pueden serlo todas las personas físicas o morales, privadas o públicas, que satisfagan los requisitos que al efecto establezcan las disposiciones jurídicas. Cualquiera que sea el tipo de persona que participe en el procedimiento licitatorio, ésta debe poseer plena capacidad jurídica para celebrar contratos.

1
p.w.

Tratándose de personas físicas, lo son todas las no exceptuadas por la ley, esto es, las que estén en pleno uso de sus capacidades de goce y ejercicio, ergo, no estén incapacitadas para ello natural o legalmente y puedan obligarse y contratar, además de ejercer la profesión del comercio (artículos 1798 y 450 del Código Civil Federal, 5º y 12 del Código de Comercio). Respecto de las personas morales, después de constituidas conforme a las leyes, (Código Civil o Ley General de Sociedades Mercantiles) e inscritas en el Registro Público del Comercio, del lugar donde tenga su domicilio, y aún no estándolo, cuando se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, conste o no su constitución en escritura pública, siendo en el primer caso, y tratándose de sociedades mercantiles calificadas de irregulares. Tanto unos como otras, pueden hacerlo a través de mandatarios o apoderados, quienes han de contar con mandatos o poderes, generales o especiales debidamente otorgados, ya sea que se trate de poder general para actos de administración, o bien uno especial, documento que en todo caso debe estar debidamente inscrito en el Registro Público de mérito.

Acerca de de la posibilidad de que varias personas acudan al llamado a hacer ofertas para la celebración de contratos de obra pública y servicios relacionados con la misma, sin que para ello sea necesaria la constitución de una nueva sociedad, el segundo párrafo del artículo 36 de la LOPSRM y el 28 del RLOPSRM, establecen que dos o más personas podrán presentar conjuntamente proposiciones en las licitaciones sin necesidad de constituir una sociedad, o nueva sociedad tratándose de de personas morales, para ello, señala que tanto en la propuesta como en el contrato, se deben determinar con precisión y a satisfacción del órgano estatal convocante, las partes de los trabajos que cada persona quedará obligada a ejecutar, así como la forma y términos en que se exigiría el cumplimiento de las obligaciones a cada persona. La norma determina que en este caso la propuesta debe ser firmada por el representante común, que para ese acto, haya sido designado por el grupo de personas participantes, quienes deben cumplir con requisitos tales como: adquirir un ejemplar de las bases de la licitación; celebrar entre sí un convenio, del cual se establecen puntualmente los obligaciones mínimos que deben asumir; señalar en el acto de presentación y apertura de propuestas, el representante común, que la proposición se presenta en forma conjunta, permitiendo que se sumen los capitales contables de los interesados para cumplir con ese requisito, lo cual desde luego debe ser parte del convenio respectivo.

Los llamados requisitos objetivos, reciben este calificativo en consideración al que será el objeto del contrato de que se trate, la cosa sobre la cual versará el acuerdo de voluntades la que los determine. Consecuentemente, han de referirse al contenido de la oferta, y a su vez se clasifican en dos categorías: del objeto y del precio, aspectos que son detallados en las bases de la licitación o pliego de requisitos.

Por lo que hace al objeto, este se encuentra vinculado al contenido de la prestación solicitada por el ente estatal y ofrecida por el licitador, en nuestro caso una obra pública o un servicio relacionado con ésta, por ello, la oferta debe ajustarse estrictamente a las condiciones requeridas por la licitante, las cuales son desglosadas y determinadas en el pliego de requisitos o bases de la licitación, y demás normas legales y reglamentarias aplicables. Es oportuno destacar que dentro de los requisitos o exigencias hechos por el órgano estatal de que se trate, por lo general pueden observarse los siguientes datos: a) Origen del bien cotizado; b) Garantía de seriedad de la proposición y carta de compromiso; c) Manifestación escrita de conocer el sitio de los trabajos y haber asistido a la junta o juntas de aclaraciones que se hayan celebrado; d) Catálogo de conceptos, unidades de medición y contenido de trabajos; e) Programa General de ejecución de los trabajos o prestación de los servicios y de utilización de Mano de Obra, Maquinaria y equipo de construcción, y e) Calidad, cantidad, época y lugar de entrega de los bienes o servicios ofertados.

Específicamente, por lo que hace a la garantía de seriedad de la proposición o de mantenimiento de la misma, la actual LOPSRM, rompiendo con la tradición que devenía de la pasada legislación e incluso de lo que sobre la materia se ha establecido en otras legislaciones como Argentina y España, omitió señalar que fuera requisito de la propuesta económica, la presentación de una garantía de seriedad de la proposición, lo cual, en parte, puede explicarse atendiendo a que en la práctica, y conforme a la anterior legislación (Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, artículo 38 fracción I, y Reglamento de la Ley de Obras Públicas artículo 24 fracciones I y II), dicha garantía podía consistir en cheque cruzado o fianza, sin embargo, fue más utilizada la primera opción, lo cual, conllevó a la recepción de cheques que las más de las veces carecían fondos, y la necesidad de incoar procedimientos judiciales para la recuperación de las cantidades otorgadas en garantía, además de que al tener conocimiento del monto por el cual fue expedida una fianza con esa finalidad, otros proponentes podía tener muy clara idea del

monto de la oferta de sus competidores, lo cual, seguramente dio lugar a actos de corrupción, además de formalismos mal entendidos, en los que cualquier pretexto era conveniente para desechar propuestas.

En lo atinente al precio, éste consiste en la contraprestación ofertada por el licitador a la licitante u órgano estatal convocante, por la ejecución de la obra o la prestación del servicio, a contratar, es lo que el contratista recibirá por el cumplimiento del contrato, sea cual sea la modalidad contractual prevista en el pliego de requisitos, es sin duda, el derecho más importante del oferente. En general los autores coinciden en señalar que el monto de la contraprestación propuesta debe ser en dinero, cierto e incondicionado y real e invariable.

En cuanto a que el precio sea en dinero, ello es así, por efecto de lo previsto por el artículo 134 constitucional, 25 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, 69 y 70 de su Reglamento, la contraprestación exigida con la oferta contractual debe ser en dinero, en virtud de que el contrato que se celebrará efectuará implica la erogación con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación, o al presupuesto del poder público u órgano constitucional convocante, por tanto, de fondos públicos, para cuyo ejercicio se requiere de programas y partidas presupuestales que autoricen el ejercicio del gasto, al ente estatal de que se trate, mediante el oficio de inversión correspondiente. La propuesta debe ser cotizada en dinero, generalmente en moneda nacional, sin embargo, como ya fue expresado, el artículo 33, fracción VI, de la LOPSRM, establece que puede ser no en una, sino en varias monedas, por tanto, admite que sea en moneda extranjera, en cuyo caso ha de señalarse que será pagada en moneda nacional al tipo de cambio que se encuentre vigente al momento de efectuar el pago, lo cual está en concordancia con lo previsto en el artículo 79 del mencionado Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

La LOPSRM, no establece ningún supuesto en el cual se permita que la propuesta u oferta sea cotizada contra la entrega de otro tipo de bienes, sino que siempre, los contratos de obra pública y servicios relacionados con las mismas, han de pagarse con cargo al erario público, consecuentemente, atendiendo a la aplicación del principio de legalidad, en mi opinión no resulta válido que aun cuando sea de manera excepcional, la oferta pueda cotizarse estableciendo que el precio a pagar sea la entrega de bienes

distintos al dinero en moneda nacional, por lo que, aún cuando así lo establezca el pliego de requisito o bases de la licitación, ello será contrario a derecho y dará lugar al fincamiento de responsabilidades en los términos del Título Cuarto de nuestra Carta Magna y de la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores Públicos y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Otro atributo del precio es que éste ha de ser cierto e incondicionado, es decir, cuando el precio ofertado sea cuestionable o esté condicionado de cualquier forma, por ejemplo, éste debe estar representado de manera indeterminada, ha de haber sido expresado de forma tal que no resultó claro ni preciso, peor aún, puede estar sujeto al cumplimiento de una condición, en tal supuesto, la propuesta presentada en esos términos ha de ser rechazada. Abundando en lo anterior, puede afirmarse que el precio fijado por el licitador es indeterminado cuando no se establezca en forma indudable cantidad que como contraprestación pretende recibir el oferente. Por lo general, esto se ejemplifica, señalando que es el caso, cuando el licitador proponga que el precio por el ofertado sea un x porcentaje en menos, respecto de lo que cotice el proponente a quien pueda calificarse como aquel que presentó la propuesta solvente más baja, o la propuesta más ventajosa para el estado. Asimismo, ha de considerarse que el precio fue condicionado por el oferente, cuando este establezca el cumplimiento de condiciones a cargo de la convocante o de terceras personas; tal es el caso cuando se expresa que el precio propuesto tendrá validez sólo en caso de que la propuesta tal o cual licitador sea desechada o que durante el proceso de ejecución de los trabajos se determine que en ciertos supuestos de incumplimiento del contrato no se le apliquen las penas convencionales establecidas, o se pretenda imponer cargas adicionales al estado, o que la adjudicación ha de realizarse en plazo perentorio impuesto por el proponente, y en general que la propuesta sólo tendrá validez en el caso de que se deba realizar tal o cual conducta o la sucesión de un hecho, etcétera.

El último de los requisitos con que debe cumplir la oferta o propuesta, son los que tienen que ver con la forma que debe tener la misma, esto es, la documentación que la integra, y la forma en que ha de estar organizada, lo cual es obligatorio para el proponente, siempre y cuando no se trate de formalismos exacerbados que tengan más que ver con facilitar la tramitación o substanciación del procedimiento de contratación, ya que en tal supuesto no serán obligatorios. La doctrina generalmente ha establecido que los requisitos formales

son seis y se les hace consistir en que la oferta conste por escrito; que este firmada; que sea clara e incondicionada; secreta, que se presente en el lugar y fecha establecidos; y que esté vigente por el plazo previsto en las bases o pliego de requisitos.

En cuanto a que la oferta sea por escrito, la regla general es que la presentación de la oferta se hará por escrito, sin embargo, se establece algunas excepciones a este principio, efectivamente, el artículo 28 de la LOPSRM, determina que las propuestas, pueden formularse por medios magnéticos o informáticos, y entregarse por medios remotos de comunicación electrónica, (Internet) para lo cual el sobre deberá ser generado mediante el uso de tecnologías que resguarden la confidencialidad de la información, de tal forma que sea inviolable, conforme a las disposiciones técnico administrativas que establezca la Secretaría de la Función Pública, quien tiene a su cargo el funcionamiento y operación del sistema de certificación de los medios de identificación electrónica que utilicen los licitadores, siendo dicha dependencia la responsable de ejercer el control de éstos medios, salvaguardando la confidencialidad de la información que se remita por esta vía, lo cual ha hecho emitiendo normatividad al efecto, vía Internet, por lo que en estricto sentido carece de valor jurídico, sin embargo, los entes estatales cumplen con dichas disposiciones, las cuales consisten en contar con un lugar expresamente reservado para tener un equipo de cómputo, en el que serán recibidas las propuestas, el cual ha de cumplir con ciertos requisitos técnicos, además de estar ubicado en un salón de eventos donde deben instalarse otros equipos técnicos para proyectar en pantalla las propuestas presentadas por medios electrónicos. A la fecha las grandes empresas paraestatales y algunas dependencias ya realizan sus licitaciones con dichos medios magnéticos e informáticos y de comunicación electrónica.

Volviendo al carácter escrito que debe cumplir la oferta, ello se desprende de lo previsto en el ya citado precepto legal, mismo que establece que las proposiciones han de presentarse en sobre cerrado, el cual ha de ser entregado en el lugar previsto en la convocatoria y en las bases de la licitación en la fecha y hora previstos, además de que se requiere que dichos sobres sean abiertos y analizados cuantitativamente para determinar si fueron cumplidos o no los requisitos exigidos, lo cual implica su lectura en dicho acto de apertura, lo que a su vez obliga a concluir que necesariamente dichas ofertas deben presentarse por escrito.

En cuanto al tipo de escritura, la norma es omisa en señalar algún tipo en especial, por ello la propuesta puede presentarse escrita a máquina o manuscrita, sin embargo, dado el volumen de información solicitado, y la cantidad de información requerida, a últimas fechas es formulada en sistemas informáticos y se presentan en forma impresa, por lo que en estricto sentido, las maquinas de escribir están quedando en desuso en razón de los avances tecnológicos.

Cabe destacar que debido a que desde la publicación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas hasta la fecha, la normatividad ha establecido que las propuestas sean presentadas en dos sobres cerrados, uno conteniendo la propuesta técnica y el otro la económica, en el primero de ellos, es optativo para los licitadores incluir la documentación distinta de ella, tal como los documentos originales o en copia certificada con que se acredita la existencia de las sociedades y las facultades de los representantes legales o mandatarios. Por lo que hace al idioma en que deben presentarse las propuestas, ya se indicó que la fracción V, del artículo 33 de la LOPSRM, determina que en el pliego de requisitos o bases de la licitación, debe señalarse, además del español, los idiomas en que podrán ser presentadas las propuestas u ofertas, lo cual es concordante con lo previsto por el artículo 271 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en materia de obra pública.

El ya citado artículo 28 de la LOPSRM, en su cuarto párrafo, establece que las proposiciones que presenten los licitadores, deben estar firmadas autógrafamente por éstos, sus representantes legales, apoderados o mandatarios, y aclara la norma que en el caso de que éstas sean enviadas a través de medios remotos de comunicación electrónica, en sustitución de la firma autógrafa, deben emplearse medios de identificación electrónica, los cuales producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio. Es de observarse que la firma es un requisito formal de todo acto jurídico, ya que es a través de ella, es como puede constatarse la exteriorización de la voluntad de su autor, toda vez que la ausencia de ella, hace que el documento sólo sea un proyecto del acto anónimo, pero no es el acto mismo, por tanto, la ausencia de firma dará lugar al rechazo de la oferta, en virtud de que sin tal requisito constituye un documento anónimo sin valor legal alguno.



Respecto de que la oferta ha de ser clara e incondicionada, esto significa que su formulación y presentación física hace que de su lectura se desprenda que es clara e indubitable, consecuentemente, no debe contener abreviaturas, raspaduras, ni enmendaduras que hagan dudar de su contenido o de la alteración de éste. En el supuesto de que durante su elaboración se utilicen frases equivocadas, éstas deben ser salvadas en el cuerpo del escrito de la oferta, con una línea delgada sobre el error, corrigiéndolo con toda precisión, de manera inmediata, tal como lo establece el artículo 272 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en materia de obra pública.

En cuanto a que la propuesta sea incondicionada, ha de estarse a lo ya expresado respecto del precio incondicionado, aplicado formalmente a la propuesta, esto es, la oferta ha de ser seria, firme y concreta, por tanto, no resulta válida la inclusión de cláusulas de tipo resolutorio o de cualquier tipo de condiciones, tales como que el oferente, sólo realizará los trabajos si el órgano estatal convocante cumple previamente con tal o cual cosa no prevista en la legislación o el pliego de requisitos, ya que en tal supuesto la propuesta deberá ser desechada, por no haber cumplido con los requisitos exigidos en las bases de la licitación.

En cuanto a que la oferta debe ser secreta, en estricto sentido, esto deriva de la naturaleza misma del procedimiento licitatorio, ya que al ser una competencia entre los oferentes, cuyo resultado es la selección de uno de ellos, por haber presentado la propuesta más ventajosa para el estado, resulta lógico que incluso hasta el momento de su presentación, la propuesta sea secreta y únicamente conozca su contenido quien la formuló, toda vez que como se comentó, en el primer párrafo del artículo 36 de la LOPSRM, se indica que la propuesta debe ser entregada en dos sobres cerrados y lacrados, uno conteniendo la propuesta técnica y el otro la económica, conociéndose su contenido sólo en el momento en que es abierto, pero de ello nos ocuparemos en el siguiente punto.

Abundando en la razón por la cual ha de ser secreta la propuesta, resulta evidente que lo requerido por la norma es la competencia entre los oferentes, incluso es por eso que la fracción IV, del artículo 33 de la LOPSRM, sanciona con la descalificación de las propuestas la comprobación de que algún licitante ha acordado con otro u otros elevar el

costo de los trabajos, o cualquier otro acuerdo que tenga como fin obtener una ventaja sobre los demás licitantes, lo cual sólo sería posible con el previo conocimiento del contenido de las propuestas, de ahí la prohibición, ya que los actos castigados en estricto sentido resultarían ser complots que tendrían como finalidad anular la finalidad de la licitación que estriba en obtener la propuesta que ofrezca las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad.

El último atributo formal de las propuestas, consiste en que éstas, para tener validez y ser parte del procedimiento licitatorio, deben ser presentadas en el lugar, fecha y hora establecidos en la convocatoria, las bases de la licitación o las modificaciones que se hubieren realizado a éstos documentos, bajo las condiciones establecidas en dichos documentos, por esa razón, es que por una parte, el segundo párrafo del artículo 29 del RLOPSRM, señala que los licitadores u oferentes, son los únicos responsables de que sus propuestas sean entregadas en tiempo y forma en el acto de presentación y apertura de proposiciones, y por la otra, que el segundo párrafo del numeral 31 del mismo ordenamiento legal, establezca que los órganos estatales convocantes, deben abstenerse de recibir cualquier oferta, que sea presentada después de transcurridas la fecha y horas preestablecidas.

La vigencia de la oferta, no es otra cosa que el lapso durante el cual la propuesta o oferta presentada por los licitadores tiene validez ante el ente estatal convocante y obliga a quien la hizo a su sostenimiento durante el mismo. Después de transcurrido dicho plazo los oferentes dejan de estar ligados a su propuesta. Al respecto los artículos 34 y 37 de la LOPSRM, señalan que el plazo para su presentación, no podrá ser inferior a veinte o quince días naturales, contados desde la fecha de publicación de la convocatoria, según se trate de licitaciones internacionales o nacionales, y que el fallo debe ser emitido en la fecha y hora que determinado por el órgano estatal convocante, quien deberá fijar esa fecha dentro de los cuarenta días naturales, siguientes a la fecha de inicio de la primera etapa del acto de presentación, apertura y evaluación de las propuestas u ofertas, pudiendo ser diferida por única vez, en un plazo máximo de veinte días naturales contados a partir de la fecha originalmente establecida para la emisión del fallo, esto es, desde la entrega de la propuesta u oferta está tendrá validez, durante cuarenta o sesenta días, según sea que se difiera la emisión del fallo o no.

3.2.3.5.- ACTO DE PRESENTACIÓN, APERTURA Y EVALUACIÓN DE LAS PROPOSICIONES U OFERTAS

Tal como lo mencioné al iniciar el punto que antecede, no existe unanimidad en la doctrina respecto de la existencia y tratamiento de esta etapa de la licitación, ya que por lo general se integra esta etapa con el de preparación de las propuestas, incluyendo hasta su apertura y evaluación, además otros autores desglosan esta etapa en varios puntos, así para Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁴⁰⁰, esta etapa se subdivide en la presentación de las ofertas o propuestas, la apertura de éstas, y su admisión, lo que incluye su evaluación, sin embargo, esto no es más que el desglose de los diversos eventos que se suceden en el acto de presentación y apertura de las proposiciones, u ofertas. Desde mi punto de vista esta etapa comprende desde la presentación de las proposiciones, hasta la apertura de las propuestas en su aspecto económico, la cual culmina con el levantamiento del acta respectiva y la citación para dar a conocer el fallo.

En cuanto a la naturaleza de este acto, resulta por demás compleja, debido a la multitud de actos y hechos administrativos que se realizan, durante su realización, misma que en nuestro caso, la ley prevé que sea en dos etapas. En la primera etapa de este acto, cada licitador presenta su oferta de contrato, ante el ente licitante, posteriormente, durante la apertura del sobre que contiene la propuesta técnica, el ente estatal que licita, emite actos administrativos a través de los cuales desecha las propuestas que hayan incumplido con la presentación de alguno de los requisitos exigidos en las bases de la licitación, es decir, evalúa cuantitativamente las ofertas, y da constancia de todo lo actuado mediante el levantamiento de una acta de tipo circunstanciado; posteriormente, el propio órgano estatal, lleva a cabo la evaluación cualitativa de las proposiciones y decide cuales de ellas cumplieron con todos los requisitos y cuales no, esto es, las evalúa cualitativamente y, en su caso, emite actos administrativos a través de los cuales desecha proposiciones, además de emitir un fallo técnico que en estricto sentido es otro acto administrativo, en el que determina cuales propuestas continuarán con el procedimiento de contratación.

La segunda etapa del acto de presentación y apertura de las proposiciones, inicia con la lectura del fallo técnico, es decir, el resultado de la evaluación cualitativa de las

⁴⁰⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Lucero Espinosa, Manuel Op. Cit. Págs. 328 a 336.

propuestas en su aspecto técnico, y notifica a quienes no cumplieron con todos los requisitos del acto administrativo emitido para desechar su oferta, además del acto por el cual decide cuales propuestas económicas serán susceptibles de ser abiertas por haber sido consideradas como viables desde el punto de vista técnico; acto seguido, procede a la apertura de las propuestas económicas correspondientes y durante su apertura, además de dar lectura en voz alta al monto de las propuestas de contrato hecha por cada licitador, el licitante tiene la obligación de efectuar una evaluación cuantitativa de las propuestas económicas y en su caso emitir los actos administrativos, a través de los cuales determina desechar las propuestas que no hubieren cumplido con todos los requisitos solicitados; enseguida, procede al levantamiento de un acta de tipo circunstanciado, en la que se da constancia de todo lo actuado y finalmente establece el lugar fecha y hora en que será emitido el fallo de la licitación.

Dado que de la forma y términos en que se efectúe la evaluación de las proposiciones, misma que la norma establece ha de ser cuantitativa y cualitativa, tanto en el aspecto técnico como el económico, lo cual deriva en la formulación de un fallo técnico y del dictamen que servirá de fundamento para la emisión del fallo, es fundamental para la legalidad y transparencia de éstos procesos, que dichas evaluaciones no sean realizadas por los servidores públicos de la unidad administrativa que tenga a su cargo el procedimiento, sino que dicho análisis sea efectuado por cuerpos colegiados, que dependan de los Comités de Obras, por tanto, una forma de dar sentido a la existencia de éstos últimos, es el otorgamiento de facultades al mismo para que intervenga activamente en los procedimientos licitatorios, tomando las decisiones más importantes de los mismos, para lo cual incluso puede ser que intervengan áreas específicas en el análisis de las propuestas, tales como las contables y jurídicas, además de no permitir que las áreas técnicas tomen las decisiones finales, en forma unilateral, sino que han de exponer y demostrar a los integrantes del comité la forma y términos en que es realizada la evaluación de las proposiciones en los aspectos técnicos constructivos, pues sólo de esta forma podrá alejarse de éstos procedimientos la presunción de corruptelas que desgraciadamente tienen su fundamento en situaciones reales y concretas que desalientan la participación en las licitaciones.

Así mismo, debido a que el acto debe ser presidido por la persona que expresamente sea designada para ello, y se da a conocer el públicamente las ofertas presentadas por los

licitadores, e intervienen en el mismo servidores públicos de los órganos de control, ya sean internos o externos, además de algunos invitados, como pueden serlo los representantes de algunos colegios o asociaciones de profesionales de la industria de la construcción, tanto en lo atinente a la obra pública como a los servicios relacionados con la misma, la doctrina ha coincidido en señalar que se trata de un acto formal, y no solemne, toda vez que en estricto sentido el acto incluye diversos actos y hechos que requieren algunas formalidades pero ninguna solemnidad.

Conforme a lo señalado por los artículos 36, 37 y 38 de la LOPSRM y los numerales 25, 29, 30, 32 y 36, del RLOPSRM, en términos generales, la primera etapa del acto de presentación de las ofertas, se desarrolla como ha quedado apuntado, sin embargo, vale la pena abundar en algunos aspectos.

Como ya se afirmó, la entrega de proposiciones debe hacerse en dos sobres cerrados, cada uno contendrá la propuesta técnica y la propuesta económica. La documentación distinta a las propuestas podrá entregarse, ya sea dentro o fuera del sobre que contenga la oferta técnica. Sin embargo, previo a este acto, a discreción de cada ente estatal convocante, puede efectuarse el registro de participantes, además de una revisión preliminar de la documentación distinta a la propuesta técnica y económica. Pero los licitadores también puedan optar libremente entre sujetarse a dicho registro y revisión o no, y el órgano estatal no tiene facultad alguna, para que en caso de omitir dichos actos, impedirle el acceso al sitio donde tendrá verificativo el acto de presentación y apertura de las propuestas, ya que conforme a la norma tienen derecho de hacerlo quienes hayan cubierto el costo de las bases y decidan presentar su documentación y proposiciones durante el propio acto. En consecuencia el registro y revisión de la documentación solamente podrá instrumentarse para efecto de pretender agilizar los procedimientos de contratación, por lo que dichos actos, en ningún caso, tendrán formalidad alguna, que implique calificar a los licitadores como preseleccionados o precalificados en el procedimiento, esto es un acto que carece de valor jurídico e incluso en la práctica resulta excepcional su realización.

En el lugar, fecha y hora, establecidos, los proponentes, deberán entregar sus ofertas en dos sobres, conteniendo cada uno la propuesta técnica y la económica, los cuales deben estar claramente identificados y cerrados. Estas deben ser recibidas por el servidor

público que presida el acto, por ser la única persona facultada para aceptar o desechar las propuestas, y en general, para tomar todas las decisiones durante el desarrollo del mismo, por lo tanto, indudablemente, ha de estar presente en el lugar de celebración, desde el inicio hasta la terminación del mismo.

Después de la hora establecida, bajo ningún pretexto y por ningún motivo, es válida la recepción de propuestas, por lo que los órganos estatales deben abstenerse de hacerlo. Al respecto, se ha discutido que mientras no se inicie la apertura de los sobres que contengan las propuestas técnicas, sería posible la admisión de ofertas presentadas por proponentes impuntuales, no obstante, para dar estricto cumplimiento a los principios de competencia e igualdad de condiciones, es necesario exigir a todos los participantes, cumplir con toda puntualidad con la entrega de sus propuestas, me parece que no resultaría clara una competencia en la que a uno o algunos de los participantes se les confieren beneficios o ventajas y a otros no, toda vez que ello implicaría la inexistencia de condiciones equitativas, que derivan en la igualdad.

En cuanto al análisis de las propuestas, en cada etapa éstas serán analizadas de dos formas, una cuantitativa, que se realizará al momento de la recepción de las propuestas, consistiendo en verificar la presentación de todos y cada uno de los documentos solicitados, sin entrar a la revisión de su contenido; la otra revisión es de tipo cualitativo, consistiendo en el estudio detallado de las propuestas presentadas, esto es, del contenido de todos y cada uno de los documentos que integran cada oferta de contrato, a efecto de que los entes estatales, las conozcan a detalle y en su caso, tengan los elementos necesarios para determinar el desechamiento o la solvencia de las propuestas, por el cumplimiento de las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas.

En la primera etapa, una vez recibidas las proposiciones en sobres cerrados; el servidor público debe proceder a la apertura de todas y cada una de las propuestas técnicas recibidas, procediendo a su evaluación cuantitativa, procediendo a desechar las que hubieren omitido alguno de los requisitos exigidos. Debido a que la ley permite la presentación de las ofertas directamente o a través del servicio postal o de mensajería, e incluso por medios remotos de comunicación electrónica, después de hacer la apertura de las presentadas a través de representante, se procederá a las recibidas por los medios señalados en ese orden, esto siempre y cuando, así se haya previsto en la convocatoria y

el pliego de requisitos, además de que en el último supuesto la Secretaría de la Función Pública haya certificado el funcionamiento y operación del lugar y los equipos para ello destinados, además de haber destinado supervisores capacitados a cada evento.

Una vez que se haya terminado de hacer la apertura de las propuestas, cualquiera que haya sido su forma de presentación, acto seguido, por lo menos un licitante, si asistiere alguno, y dos servidores públicos del órgano estatal, presentes en el acto, procederán a rubricar las partes de las propuestas técnicas presentadas que previamente haya determinado la convocante en las bases de licitación, que por lo general son los programas de ejecución de los trabajos, sin embargo, desde mi punto de vista, también debiera incluirse entre dichos documentos al factor de salario real, y los listados de insumos, para evitar cualquier tipo de corrupción, las que para estos efectos constarán documentalmente, lo cual quiere decir, que en caso de propuestas presentadas a través de medios remotos de comunicación electrónica, (internet), se debe proceder a imprimir esas partes de la propuesta, además deben firmarse, los correspondientes sobres cerrados que contengan las propuestas económicas de los licitadores, incluidos los de aquéllos cuyas propuestas técnicas hubieren sido desechadas, quedando en custodia de la propia convocante, quien de estimarlo necesario podrá señalar nueva fecha, lugar y hora en que se dará apertura a las propuestas económicas.

Desde mi punto de vista, para efecto de dar constancia fehaciente del acto público de referencia, desde su inicio debe procederse a la elaboración del acta de tipo circunstanciado, en la que se harán constar las propuestas técnicas aceptadas para su análisis, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; dicho documento debe ser firmado por los asistentes y se pondrá a su disposición o se les entregará copia de la misma, la falta de firma de algún proponente no invalida el contenido del acta, y menos aún menoscaba sus efectos. Sin embargo, la ley y el reglamento, señalan que el acta debe levantarse al finalizar el acto, lo cual creo incorrecto dada su naturaleza circunstanciada, pues se deja a la memoria de las personas e incluso a la conveniencia tanto de participantes como de servidores públicos, la omisión de algunos hechos que pueden ser fundamentales para demostrar la legalidad o ilegalidad, la imparcialidad o parcialidad del mismo. En cuanto a los requisitos con que debe cumplir dicho documento, el reglamento señala cuales son los requisitos con que debe cumplir.

Por último, cabe destacar que la norma faculta al ente estatal convocante, para anticipar o diferir por escrito la fecha de celebración de la segunda etapa del proceso de licitación previsto en la convocatoria y en las bases, sin que la nueva fecha de celebración, pueda exceder del plazo a que hace referencia el segundo párrafo de la fracción V del artículo 37 de la Ley; lógicamente, la norma señala que en este caso no será necesario hacer la publicación en el Diario Oficial de la Federación, toda vez que todos los participantes en el procedimiento licitatorio, están obligados a enterarse de lo acontecido en el mismo, mediante la obtención de una copia del acta de referencia, es por ello, que la norma obliga a que a partir del momento en que sea terminada de redactar el acta, y esté firmada, deberá ser puesta a disposición de los licitadores que no hayan asistido, para efecto de su notificación, esto es, de quienes hayan presentado sus propuestas a través de los servicios de correo o paquetería y de medios remotos de comunicación electrónica, e incluso de quienes habiendo adquirido las bases, no hayan asistido al evento.

Una vez terminado el acto público, el órgano estatal convocante, cuenta con un plazo indeterminado, en cuanto a que no está establecido por la ley, pero fijado en cada caso por las fechas establecidas en la convocatoria y el pliego de requisitos e incluso por el acta primera, que corre desde el momento en que ésta terminó de elaborarse hasta minutos antes de que inicie la segunda etapa del acto de presentación y apertura de las proposiciones, procederá a realizar el análisis de las propuestas técnicas aceptadas para análisis.

En cuanto a la naturaleza de esta evaluación, como ya quedó señalado, es de tipo cualitativo, es decir, en ella debe verificarse que la información proporcionada, cumpla con todos y cada uno de los atributos exigidos en el pliego de requisitos, es por ello, que el reglamento señala que en general para la evaluación técnica de las propuestas, se deberán considerar, entre otros, los aspectos, que el mismo enumera de forma taxativa, señalando en primer término, que debe revisarse que cada documento contenga toda la información solicitada, esto es que no falte ningún requisito, siendo esto fundamental, ya que la falta de cualquier requisito exigido, podrá implicar el desechamiento de la propuesta que sea omisa, sin embargo, en este punto, en mi opinión, ha de tenerse presente lo indicado por los párrafos primero y cuarto del artículo 38, de la LOPSRM, en el sentido de que los entes estatales, para llevar a cabo la evaluación de las proposiciones, deberán verificar que las mismas cumplan con los requisitos solicitados en

el pliego de requisitos, para lo cual ordena el establecimiento de procedimientos y los criterios claros y detallados para determinar la solvencia de las propuestas, dependiendo de las características, complejidad y magnitud de los trabajos por realizar, lo cual en estricto sentido sólo queda establecido en las propias bases de la licitación, así mismo, la norma advierte que no podrán ser objeto de evaluación las condiciones establecidas por las convocantes que tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito, cuyo incumplimiento por sí mismo, no afecte la solvencia de las propuestas. Por tal razón, la norma advierte que la inobservancia por parte de los licitadores respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus propuestas.

Así mismo, es de observarse que dada la naturaleza de la propuesta técnica, se consideran causas para el desechamiento de éstas, además de la presentación incompleta o la omisión de cualquier documento requerido en las bases; el incumplimiento de las condiciones legales, y técnicas requeridas por la convocante; la consignación de datos sobre costos, precios o montos en alguno de los documentos; la ubicación del licitante en alguna de las hipótesis previstas en el artículo 51 de la LOPSRM, relativos a la idoneidad moral y solvencia de las personas participantes en la licitación, y las demás que, de acuerdo a las características, magnitud y complejidad de los trabajos a realizar, sean consideradas expresamente en las bases de licitación, cuyo cumplimiento sea estrictamente necesario para la evaluación de las propuestas o la realización de los trabajos.

El artículo 36 del RLOPSRM, establece que la evaluación debe consistir en lo siguiente:

"Artículo 36.- En general para la evaluación técnica de las propuestas se deberán considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I. Que cada documento contenga toda la información solicitada;
- II. Que los profesionales técnicos que se encargarán de la dirección de los trabajos, cuenten con la experiencia y capacidad necesaria para llevar la adecuada administración de los trabajos.

En los aspectos referentes a la experiencia y capacidad técnica que deban cumplir los licitantes, se deberán considerar, entre otros, el grado académico de preparación profesional, la experiencia laboral específica en obras similares y la capacidad técnica de las personas físicas que estarán relacionados con la ejecución de los trabajos;



- III. Que los licitantes cuenten con la maquinaria y equipo de construcción adecuado, suficiente y necesario, sea o no propio, para desarrollar los trabajos que se convocan;
- IV. Que la planeación integral propuesta por el licitante para el desarrollo y organización de los trabajos, sea congruente con las características, complejidad y magnitud de los mismos;
- V. Que el procedimiento constructivo descrito sea aceptable porque demuestra que el licitante conoce los trabajos a realizar y que tiene la capacidad y la experiencia para ejecutarlos satisfactoriamente; dicho procedimiento debe ser acorde con el programa de ejecución considerado en su propuesta, y
- VI. De los estados financieros, las dependencias y entidades de acuerdo con las características, magnitud y complejidad de los trabajos, determinarán en las bases de licitación, aquellos aspectos que se verificarán, entre otros:
 - a. Que el capital neto de trabajo del licitante sea suficiente para el financiamiento de los trabajos a realizar, de acuerdo con su análisis financiero presentado;
 - b. Que el licitante tenga capacidad para pagar sus obligaciones, y
 - c. El grado en que el licitante depende del endeudamiento y la rentabilidad de la empresa.
- A. Tratándose de propuestas que consideren precios unitarios además se deberá verificar:
 - I. De los programas:
 - a. Que el programa de ejecución de los trabajos corresponda al plazo establecido por la convocante;
 - b. Que los programas específicos cuantificados y calendarizados de suministros y utilización, sean congruentes con el programa calendarizado de ejecución general de los trabajos;
 - c. Que los programas de suministro y utilización de materiales, mano de obra y maquinaria y equipo de construcción, sean congruentes con los consumos y rendimientos considerados por el licitante y en el procedimiento constructivo a realizar;
 - d. Cuando se requiera de equipo de instalación permanente, deberá considerarse que los suministros sean congruentes con el programa de ejecución general, y
 - e. Que los insumos propuestos por el licitante correspondan a los periodos presentados en los programas;
 - II. De la maquinaria y equipo:
 - a. Que la maquinaria y el equipo de construcción sean los adecuados, necesarios y suficientes para ejecutar los trabajos objeto de la licitación, y que los datos coincidan con el listado de maquinaria y equipo presentado por el licitante;
 - b. Que las características y capacidad de la maquinaria y equipo de construcción consideradas por el licitante, sean las adecuadas para desarrollar el trabajo en las condiciones particulares donde deberá ejecutarse y que sean congruentes con el procedimiento de construcción propuesto por el contratista, o con las restricciones técnicas, cuando la dependencia o entidad fije un procedimiento, y

- c. Que en la maquinaria y equipo de construcción, los rendimientos de éstos sean considerados como nuevos, para lo cual se deberán apoyar en los rendimientos que determinen los manuales de los fabricantes respectivos, así como las características ambientales de la zona donde vayan a realizarse los trabajos;
- III. De los materiales:
 - a. Que en el consumo del material por unidad de medida, determinado por el licitante para el concepto de trabajo en que intervienen, se consideren los desperdicios, mermas, y, en su caso, los usos de acuerdo con la vida útil del material de que se trate, y
 - b. Que las características, especificaciones y calidad de los materiales y equipos de instalación permanente, sean las requeridas en las normas de calidad y especificaciones generales y particulares de construcción establecidas en las bases, y
- IV. De la mano de obra:
 - a. Que el personal administrativo, técnico y de obra sea el adecuado y suficiente para ejecutar los trabajos;
 - b. Que los rendimientos considerados se encuentren dentro de los márgenes razonables y aceptables de acuerdo con el procedimiento constructivo propuesto por el licitante, considerando los rendimientos observados de experiencias anteriores, así como las condiciones ambientales de la zona y las características particulares bajo las cuales deben realizarse los trabajos, y
 - c. Que se hayan considerado trabajadores de la especialidad requerida para la ejecución de los conceptos más significativos.
- B. Tratándose de propuestas a precio alzado además se deberá verificar:
 - I. Que los suministros y utilización de los insumos sean acordes con el proceso constructivo, de tal forma que su entrega o empleo se programe con oportunidad para su correcto uso, aprovechamiento o aplicación;
 - II. De la maquinaria y equipo:
 - a. Que la maquinaria y el equipo de construcción sean los adecuados, necesarios y suficientes para ejecutar los trabajos objeto de la licitación, y que los datos coincidan con el listado de maquinaria y equipo presentado por el licitante, y
 - b. Que las características y capacidad de la maquinaria y equipo de construcción considerada por el licitante, sean los adecuados para desarrollar el trabajo en las condiciones particulares donde deberá ejecutarse y que sea congruente con el procedimiento de construcción y el programa de ejecución concebido por el licitante, y
 - III. Que las características, especificaciones y calidad de los materiales y equipos de instalación permanente, sean las requeridas en las bases para cumplir con los trabajos.

Al finalizar esta evaluación, las dependencias y entidades deberán emitir un dictamen donde se expongan las razones de las condiciones legales requeridas y las razones técnicas por las que se aceptan o se desechan las propuestas presentadas por los licitantes.”

Al respecto, es necesario realizar algunos comentarios a lo previsto por éste precepto legal.

Con relación a la fracción IV, debe tenerse presente que los estados financieros auditados, son de emisión anual de conformidad con lo previsto por el Código Fiscal de la Federación, por lo que resulta ilegal la práctica de algunas convocantes, en el sentido de requerir los correspondientes al último trimestre, ya que a lo que se refiere la norma es al monto del capital contable con que deben contar los oferentes para ejecutar las obras o servicios, y dicho importe ha de guardar congruencia con las características, magnitud y complejidad de los trabajos, por tanto, en los pliegos de requisitos se debe señalar dicho importe y al revisar éstos documentos, ha de constatar que el licitador cuente con un capital neto de trabajo, suficiente para el financiamiento de los trabajos o servicios a realizar, de acuerdo con su análisis financiero presentado; con capacidad para pagar sus obligaciones, y debe analizarse cuidadosamente, el grado en que depende del endeudamiento para la operación, además de la rentabilidad empresarial.

Es importante destacar que en este punto, que la norma resultó omisa en cuanto a establecer los puntos a verificar para comprobar la real existencia de las sociedades mercantiles o civiles, o de las personas físicas dedicadas al desarrollo de actividades empresariales, y el cumplimiento regular de las obligaciones fiscales, como si éstos requisitos no fuesen solicitados en la propuesta técnica, lo cual es imperdonable, ya que es el punto de partida para determinar la solvencia de cualquier persona.

En tratándose de lo requerido por la fracción III, apartado A, del numeral en comento, es necesario destacar que una de las razones por la que existe tanta corrupción en materia de obra pública, es que lo común que resulta ver en los catálogos de conceptos la determinación de una marca específica de material, en lugar la especificación técnica, especialmente, en materiales en los cuales existe una gran variedad de productos, como pueden serlo los impermeabilizantes, los recubrimientos de paredes, los materiales laminados, etc., ya que aún cuando la marca va seguida de la leyenda o similar, la verdad es que en el análisis se buscan pretextos más que razones para desechar las propuestas que no presentan la marca requerida, pues ello impedirá jugosas ganancias con los proveedores.

Un aspecto a destacar respecto de lo señalado por la fracción IV, apartado A, del artículo que se glosa, es que en los tratados técnicos relativos a la ingeniería de costos, existe mucha discrepancia en los rendimientos, lo cual crea grandes dificultades para establecer

criterios claros y objetivos, pues dependiendo de aspectos como la formación profesional, e incluso la experiencia o capacitación de la mano de obra, o los intereses económicos creados (la corrupción), suele suceder que en la evaluación se exija apegarse a ciertos criterios técnicos, que si bien no pueden calificarse de impropios, sin son subjetivos, lo cual hace que el determinar que los rendimientos ofertados se encuentren dentro de los márgenes razonables y aceptables de acuerdo con el procedimiento constructivo propuesto por cada licitador, no siempre sea claro, especialmente, debido a que por lo general no existe retroalimentación entre las áreas de costos y supervisión de obra, que permita el efectivo aprovechamiento de experiencias anteriores.

Otro aspecto a considerar en este punto son las condiciones ambientales de la zona y las características particulares bajo las cuales deben realizarse los trabajos, lo cual, las más de las veces da lugar a que las decisiones se tomen en base a criterios subjetivos. Por último un aspecto importante a considerar, es que en la propuesta se haya considerado la utilización de trabajadores de la especialidad requerida para la ejecución de los conceptos más significativos.

Por lo que hace a propuestas estructuradas considerando que el contrato a celebrar será sobre la base de precio alzado, desde mi punto de vista, los aspectos a considerar deben ser los mismos, ya que la única variante entre un contrato y otro es la forma de pago, sin embargo, la norma, prevé que los aspectos a evaluar deben ser un tanto diferentes, por lo que prevé el análisis en materia de suministros, maquinaria y equipo, y las características, especificaciones y calidad de los materiales y equipos de instalación permanente.

Tratándose de servicios relacionados con la obra pública, el RLOPSRM, en sus artículos 208 y 209, establece dos posibilidades para la evaluación de las propuestas, una en que prevalezca el criterio general de las obras, es decir, que se determine solvente a las propuestas que cumplan con los requisitos exigidos para posteriormente determinar al ganador considerando que el monto de la propuesta resulte ser el más ventajoso o conveniente, sin olvidar, que la selección del proponente ganador no es automática, sino discrecional, y la otra cambiando la naturaleza del procedimiento, para en estricto sentido y como veremos más adelante, tornar a la licitación en un concurso, desde el punto de vista estrictamente jurídico, ya que el sistema de puntos y porcentajes, en estricto sentido tiene como propósito fundamental dar más importancia en la decisión final a aspectos

diferentes del precio, específicamente a la preparación académica, y la experiencia del personal responsable de la prestación de los servicios.

En este caso, la norma otorga a los entes estatales, la facultad discrecional de considerar en la evaluación de las propuestas de licitaciones cuyo objeto sea la prestación de servicios relacionados con la obra pública, cualquiera de los rubros de selección que taxativamente establece, mismos que permite sean ampliados o reducidos atendiendo a las características, magnitud y complejidad de cada servicio conforme a lo siguiente:

La norma establece que a los subrubros solicitados debe asignárseles un valor en puntos o porcentajes, cuya suma integraría el valor total del rubro del cual forman parte, sin embargo no obliga a que los puntos asignados a cada rubro sean los mismos. Adicionalmente la norma prevé los rubros de: factibilidad legal, técnica y económica de la propuesta del licitante; la metodología y plan de trabajo; el uso o transferencia de conocimientos o tecnología; la inclusión preferente de personal nacional en la ejecución de los trabajos; en su caso, el plazo de ejecución de los trabajos, y el Importe de la propuesta. Como puede apreciarse en este caso la norma no distingue entre la propuesta técnica y la económica, por lo que quedará al criterio de los servidores públicos, los rubros a incluir en cada apartado, así como los aspectos de cada requisito a evaluar en el aspecto técnico o económico.

Al finalizar la evaluación técnica, los órganos estatales están obligados a emitir un dictamen donde se expongan las razones de las condiciones legales requeridas y las razones técnicas por las que se aceptan o se desechan las propuestas presentadas por los licitantes. Sobra decir que en el caso especial de las propuestas desechadas debe existir una debida fundamentación y motivación, ya que se trata de actos administrativos que pueden ser puestos en tela de juicio mediante la presentación de una inconformidad e incluso, acudiendo ante la autoridad jurisdiccional.

Para que los entes órganos estatales estén en aptitud de utilizar el mecanismo de puntos o porcentajes en la evaluación de las propuestas, concernientes a servicios relacionados con la obra pública, están obligados a considerar en las bases de licitación e invitaciones, los aspectos tales como los rubros técnicos y económicos que se considerarán para evaluar las propuestas; asignar valores numéricos o de porcentajes a cada uno de ellos

en escala de uno a cien; la determinación de los considerados como indispensables, y de aquellos que de acuerdo a la experiencia de cada convocante implique un valor agregado; el porcentaje o puntaje mínimo que se tomará en cuenta para aceptar como solvente una propuesta; y una definición de los criterios complementarios para evaluar la propuesta.

De conformidad con lo establecido en los artículos 36, 37 y 38 de la LOPSRM y los numerales 29, 30, 33, 34, y 35, del RLOPSRM, la segunda etapa del acto de presentación de las ofertas, en términos generales, se desarrolla como ha quedado apuntado, sin embargo, dado el objeto de estudio de este trabajo, vale la pena abundar en algunos detalles del acto.

La segunda etapa del acto de presentación y apertura de las proposiciones debe dar inicio en el lugar, fecha y hora establecidos en la convocatoria, el pliego de requisitos o en el acta primera donde conste el cambio de esa fecha, el acto ha de iniciar con la lectura que se haga del dictamen elaborado con motivo de la evaluación cualitativa de las propuestas técnicas, por lo que será en ese momento cuando se conozca el nombre de los oferentes que incumplieron con alguno de los requisitos, lo cual ha de notificarse a cada proponente entregándole un escrito en el que el órgano estatal funde y motive la causa legal del desechamiento de las proposiciones; así mismo, con ello se determinará cuales propuestas cumplieron con todos los requisitos legales y técnicos exigidos, por lo que son declaradas solventes en ese aspecto.

En consecuencia, sólo se procederá a la apertura de las propuestas económicas de los licitadores cuyas propuestas técnicas no hubieren sido desechadas, y se dará lectura al importe total de las propuestas que cubran los requisitos exigidos, además en ese acto debe realizarse una evaluación cuantitativa de los requisitos exigidos para estructurar la propuesta económica, por lo que ha de revisarse que dichas propuestas hayan cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos, sólo por lo que hace a su integración a la propuesta, ya que procesalmente no es el momento oportuno para analizar su contenido, por ende, en este acto únicamente podrán ser desechadas las propuestas económicas que hayan incumplido con la presentación o inclusión de alguno de los requisitos solicitados. En este supuesto, a dichos participantes, y en el mismo acto, les será comunicada por escrito la causa legal del desechamiento de su propuesta, debidamente fundada y motivada.

Posteriormente, por lo menos un proponente, si asistiere alguno, y dos servidores públicos presentes rubricarán el catálogo de conceptos, en el que se consignen los precios unitarios y el importe total de los trabajos objeto de la licitación; cuando la licitación verse respecto de contratos a precio alzado, el documento que deberá ser formado es el presupuesto de obra y, cuando tenga por objeto la celebración de un contrato mixto, los documentos a firmar serán tanto el catálogo de conceptos de la parte basada en precios unitarios, como el presupuesto de obra de la parte sobre la base del precio alzado.

Al finalizar el acto, se establecerán el lugar, fecha y hora en que se dará a conocer el fallo de la licitación; esta fecha deberá quedar comprendida dentro de los cuarenta días naturales siguientes a la fecha de inicio de la primera etapa, y podrá diferirse, siempre que el nuevo plazo fijado no exceda de veinte días naturales contados a partir del plazo establecido originalmente para el fallo.

Finalmente, desde el inicio del evento, debe efectuarse un registro pormenorizado de lo acontecido, lo cual ha de hacerse constar en el acta que se levantará al efecto, para dejar constancia de lo acontecido en la segunda etapa del acto de mérito, consecuentemente, en dicho documento debe hacerse constar el resultado técnico, las propuestas económicas aceptadas para su análisis, sus importes, así como las que hubieren sido desechadas y las causas que lo motivaron; el acta será firmada por los asistentes y se pondrá a su disposición o se les entregará copia de la misma. Es importante destacar que la falta de firma de algún licitador en el acta de referencia, no invalidará su contenido y efectos, por lo que a partir de esa fecha, será puesta a disposición de los licitadores que no hayan asistido, para efecto de su notificación. El acta en donde se haga constar lo acontecido en la segunda etapa del acto de presentación y apertura de las proposiciones, debe cumplir con algunos requisitos mínimos para su validez, los cuales son establecidos taxativamente por la norma.

3.2.3.6.- ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

Según lo expuesto por la mayoría de los tratadistas el término adjudicación, deriva del verbo adjudicar, que significa una asignación o atribución, realizada por autoridad competente, previa valorización o juzgamiento, a favor de un sujeto de derecho. En

consecuencia es equivalente a una aceptación general, a otorgar, conceder por autoridad pública al mejor postor o licitador, la posesión o propiedad de un bien mueble o inmueble mediante subasta pública. Este tema es tratado uniformemente en la doctrina, bajo el mismo nombre, tal es el caso de lo expuesto por autores como Berçaitz⁴⁰¹, Dromi⁴⁰², Escola⁴⁰³, Gordillo⁴⁰⁴, Cassagne⁴⁰⁵, Fernández Ruiz⁴⁰⁶, López-Elías⁴⁰⁷ y Delgadillo Gutiérrez, y Lucero Espinosa⁴⁰⁸, entre otros. Asimismo, la adjudicación data del derecho romano con múltiples ejemplos, y se enraizó en la costumbre occidental desde los siglos XVI y XVII, al aplicar el término al otorgamiento de contratos de obras y servicios, lo cual nos fue heredado.

Esta etapa del procedimiento administrativo especial condicionado por su objeto, que es la licitación, es definida como el acto a través del cual el órgano estatal convocante, determina cual es la propuesta que resulta ganadora en la competencia, por haber presentado la propuesta más ventajosa, en virtud de haber ofrecido las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad, de las vigentes de mercado, razón por la cual es declarada como aceptada, restando tan sólo la notificación del acto para que surta sus efectos.

Sin embargo, lo antes descrito, tan sólo es el resultado del procedimiento licitatorio, ya que en realidad, esta etapa inicia con el análisis cualitativo de las propuestas en su aspecto económico exclusivamente, esto es, durante el proceso de análisis, del aspecto económico de las ofertas de contrato, no resulta válido volver sobre el camino ya recorrido y analizar aspectos que corresponden a la etapa técnica, por ello, contrario a lo que pudiera creerse, la evaluación cualitativa en el aspecto técnico, resulta por demás relevante, por tanto, ha de ser minuciosa, ya que cualquier error cometido, puede dar lugar a la nulidad del procedimiento, pero también a la selección de la persona equivocada, y si ese error no es detectado mediante algún procedimiento de impugnación o revisión posterior, incluso durante la ejecución del contrato, difícilmente, podrá evitarse el consecuente daño al erario público. En el mismo sentido, la evaluación del aspecto

⁴⁰¹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 334 a 336.

⁴⁰² Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 407 a 461.

⁴⁰³ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 662 a 663.

⁴⁰⁴ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XII-39 a XII-46.

⁴⁰⁵ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 57 a 60.

⁴⁰⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 184 a 186, y 193.

⁴⁰⁷ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 172 a 191.

⁴⁰⁸ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 336 y 337.

económico de la propuesta ha de ser detallada, para evitar cualquier error o rigorismo, en el análisis de los componentes de la oferta, a efecto de evadir yerros, en la determinación final.

Volviendo al fallo en sí mismo, tal y como ha quedado conceptualizado, esto es, la decisión que pondrá fin al procedimiento licitatorio, mediante la designación de quien será la persona con quien se formalizará el contrato, pero eso no es todo, este acto conlleva a una determinación que tendrá múltiples efectos, ya que no sólo los produce respecto del participante ganador, sino respecto de las demás personas interesadas que acudieron al llamado a presentar ofertas de contrato, ya que tiene el efecto de liberar a los demás licitadores, cuyas propuestas no hayan sido declaradas ganadoras, pero tampoco se hayan desechado por haber incumplido con alguno de los requisitos, otorgándoles el derecho de retirar sus documentos y garantías en caso de haber sido exigidas, o de así establecerlo la norma, ya que en la actualidad ni la LOPSRM, ni el RLOPSRM, determinan la obligación para los entes estatales de devolver las propuestas a los oferentes, ni prevé el otorgamiento de la garantía de seriedad de la proposición.

Además, una vez notificada la adjudicación al licitador beneficiario, queda establecido el vínculo jurídico contractual, ello con independencia de que el mismo sea formalizado mediante la suscripción del instrumento jurídico respectivo, por lo que puede afirmarse que el adjudicatario adquiere un derecho subjetivo, es en razón de esto, que en caso de no formalizarse el contrato por causas no imputables al mismo, éste tiene derecho a una indemnización, misma que en la doctrina se ha determinado debe ser integral, es decir, ha de incluir el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, en nuestro país, la norma sólo prevé el pago del primero bajo el rubro de gastos no recuperables.

Por otra parte, a partir de la adjudicación, inicia la generación o atribución de derechos y obligaciones para quienes son parte en el contrato; así mismo, el estado adquiere la obligación de celebrar el contrato con la persona designada, ya que si bien, se establece la posibilidad de que ello no suceda, sólo se trata de una excepción a la regla general, la cual debe estar debidamente justificada, ya que de otro modo se dejaría, ya ni siquiera a la decisión discrecional, sino al capricho de los órganos estatales y de los servidores públicos el cumplimiento de los compromisos adquiridos para el logro del interés general, por ello, en mi opinión sólo con fundamento en éste, es que puede decidirse válidamente la

inconveniencia de formalizar el contrato; en el mismo sentido, como respeto a la substanciación del procedimiento licitatorio, el contrato que se celebre, ha de apegarse fielmente a lo establecido en el pliego de requisitos, respecto del objeto del contrato, el cual ha de permanecer inalterado; otro aspecto que ratifica la existencia de un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, es la obligación que adquiere éste de obtener oportunamente las garantías contractuales exigidas, siendo éstas la de cumplimiento de contrato y la de buen uso del anticipo.

De todo lo anterior, puede concluirse que la adjudicación es un acto unilateral del licitante, mismo que produce una serie de derechos y obligaciones para las partes que intervienen en el procedimiento administrativo de licitación, por lo que sin lugar a dudas, su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo, de tipo discrecional, pero no del todo, ya que ha de emitirse con estricto apego a las normas jurídicas que regulan el procedimiento licitatorio y a lo previsto por el pliego de requisitos, lo cual implica que la decisión ha de recaer a favor de la persona que haya presentado la propuesta que cumpliendo con todos los requisitos, legales, técnicos y económicos, resulte la más ventajosa o conveniente para el estado.

Un aspecto a destacar, es el relativo a que doctrinalmente se ha afirmado que el procedimiento licitatorio, es de tipo automático, ya que una vez determinada la cualidad de solventes a las propuestas en sus aspectos técnicos y económicos, la norma exige que la decisión recaiga en la persona que haya presentado la oferta de contrato más ventajosa, lo cual no es sinónimo de la más barata, por lo que desde mi punto de vista debe afirmarse que el estado a través de sus entes, en ejercicio de la función administrativa, tiene la facultad de otorgar el contrato a la propuesta más conveniente o ventajosa, lo cual resulta en una facultad discrecional para determinar quien es el ganador, pues de lo contrario, como procedimiento carecería de interés participar en este tipo de procedimientos; lo cual resultaría de mayor desinterés si como resultado de la tramitación de la licitación, el proponente ganador, no adquiriera un derecho subjetivo por existir ya, desde ese momento un vínculo jurídico de tipo contractual, tan es así que el órgano estatal está impedido de celebrar el contrato licitado con persona diferente o diversa de la seleccionada; de igual forma, dichos entes pueden no asignar el contrato, pues si bien la licitación tiene un objeto bien determinado, también lo es que el acto final de la misma tiene el carácter de discrecional, toda vez que en su caso, dependiendo del

tipo de ofertas recibidas tiene la facultad de declarar desierto el procedimiento, ya sea por que los oferentes no hayan cumplido con todos los requisitos exigidos en el pliego o bien porque las propuestas recibidas resulten inconvenientes en cuanto a su precio, e incluso por no haber recibido ninguna oferta de contrato.

Antes de analizar a detalle algunos aspectos específicos de lo previsto normativamente, debe quedar claro, que todo procedimiento de contratación pasa a formar parte del contrato, cuando el mismo concluya satisfactoriamente, es decir, cuando se designe a un asignatario, por tanto, desde mi punto de vista, no resultan aceptables las posturas doctrinales en el sentido de que la licitación pública y en general los procedimientos administrativos de contratación, cualquiera que sean éstos, resultan independientes del contrato y no pasan a formar parte del mismo, toda vez que ello implica dejarlos sin sentido alguno, toda vez que su finalidad es la de seleccionar a la persona que será el cocontratante de algún ente estatal, persona que adquiere el derecho subjetivo a celebrar el contrato, pero no sólo eso, sino que todos los participantes en el procedimiento, tienen el interés jurídico de que el contrato a celebrarse sea sobre la base de lo establecido en el pliego de requisitos, pues de otra forma, al celebrar un contrato de contenido diferente al establecido en las bases de la licitación, ésta como procedimiento carecería de sentido lógico y jurídico, pues si en todo caso, el estado a través de sus entes, ha de celebrar el contrato que desee sin respetar las decisiones tomadas en la licitación, que sentido puede tener el celebrar ésta.

Así mismo, debe tenerse presente que la formalización del contrato, no queda al libre albedrío de los servidores públicos, ya que no es potestativa, sino obligatoria, esto en razón de que el estado sólo puede negarse a la formalización del contrato cuando la suscripción del documento, cuando por hecho sobreviniente, la realización del objeto ya no sea conveniente para el interés público, sino perjudicial y es en protección del derecho subjetivo del adjudicatario, que la norma prevé una indemnización en tal supuesto.

De conformidad con lo establecido en los artículos 38, 39 y 40 de la LOPSRM y los numerales 29, 37, 38, 39 40, 41, 42 y 43 del RLOPSRM, en términos generales la evaluación de las propuestas económicas, la formulación del dictamen que sirve de sustento al fallo y la emisión de éste último, son los actos que en su conjunto conforman la etapa que doctrinalmente es conocida como la adjudicación y en términos generales

debe desarrollarse como ha quedado apuntado, sin embargo, dado el objeto de estudio de este trabajo, bien vale la pena abundar en algunos detalles normativos del acto.

Como ya se indicó, la evaluación de las propuestas u ofertas de contrato, se hace consistir en la verificación efectuada por los órganos estatales, de que los proponentes en la formulación de las primeras hayan cumplido con los requisitos solicitados en las bases de licitación, para lo cual, la convocante debe establecer procedimientos y los criterios claros y detallados para determinar la solvencia de las propuestas, atendiendo a las características, complejidad y magnitud de los trabajos por realizar.

Cuando la licitación tiene por objeto la contratación de obras públicas, la evaluación económica ha de consistir en verificar, exclusivamente el cumplimiento de los aspectos económicos de las propuestas, toda vez que en este momento del procedimiento, especialmente después de haber determinado la solvencia técnica de las propuestas, toda vez que ello sería ilegal, por tanto, en el supuesto de existir un error en esa decisión, ha de procederse a la nulidad o anulación del acto, e incluso a su revocación; pero volviendo al contenido de la verificación, ésta ha de centrarse en determinar que los recursos propuestos por el licitador sean los necesarios para ejecutar satisfactoriamente, conforme al programa de ejecución por éste propuesto, el cual ha de respetar el plazo establecido por el ente licitante; que las cantidades de trabajo establecidas sean acordes con aquel; que el análisis, cálculo e integración de los precios sean coherentes con las condiciones de costos o de mercado vigentes en la zona o región donde se tengan que ejecutar los trabajos.

Dada la naturaleza del procedimiento, esto es, que no puede darse más valor a otros aspectos que al económico, la norma prohíbe la utilización de mecanismos de puntos y porcentajes en la evaluación de las propuestas tanto técnicas como económicas. Al respecto es necesario reiterar que la normativa es enfática al señalar que en la evaluación de las proposiciones, no debe ser excesivamente formalista, por lo que no deben tomarse en consideración las condiciones establecidas por los entes estatales convocantes que sólo tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como, cualquier otro requisito cuyo incumplimiento por sí mismo, no afecte la solvencia de las propuestas. En consecuencia la norma señala que la inobservancia, por parte de los oferentes con respecto a dichas

condiciones o requisitos, no será motivo para desechar sus propuestas, por lo que cualquier acto en ese sentido podrá ser motivo de inconformidad, por parte del participante afectado e incluso de impugnación ante la autoridad judicial.

Actualmente, la norma determina taxativamente los aspectos que deben ser considerados al efectuar la evaluación económica de las propuestas y dada la naturaleza de la evaluación, hace hincapié en que debe revisarse que cada documento contenga toda la información solicitada, por lo que debe tenerse presente que los órganos estatales están facultados para acompañar ejemplos y formatos a los pliegos de requisitos y que si bien formular las propuestas en éstos últimos no es obligatorio, si lo es el que los documentos integrados a la propuesta respeten los requisitos en ellos establecidos; además se debe verificar que los precios propuestos por el licitador sean aceptables, es decir, que sean acordes con las condiciones vigentes en el mercado internacional, nacional o de la zona o región en donde se ejecutarán los trabajos, individualmente o conformando la propuesta total, por lo tanto, el ente estatal podrá determinar la inacceptabilidad de los precios ofertados, cuando éstos difieran en más o en menos respecto de los vigentes de mercado. Al respecto el artículo 37 del RLOPSRM, a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 37.- En general para la evaluación económica de las propuestas se deberán considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I. Que cada documento contenga toda la información solicitada, y
 - II. Que los precios propuestos por el licitante sean aceptables, es decir, que sean acordes con las condiciones vigentes en el mercado internacional, nacional o de la zona o región en donde se ejecutarán los trabajos, individualmente o conformando la propuesta total.
- A. Tratándose de propuestas que consideren precios unitarios además se deberá verificar:
- I. Del presupuesto de obra:
 - a. Que en todos y cada uno de los conceptos que lo integran se establezca el importe del precio unitario;
 - b. Que los importes de los precios unitarios sean anotados con número y con letra, los cuales deben ser coincidentes; en caso de diferencia, deberá prevalecer el que coincida con el análisis de precio unitario correspondiente o el consignado con letra cuando no se tenga dicho análisis, y
 - c. Verificar que las operaciones aritméticas se hayan ejecutado correctamente; en el caso de que una o más tengan errores, se efectuarán las correcciones correspondientes; el monto correcto, será el que se considerará para el análisis comparativo de las proposiciones;

- II. Verificar que el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios, se haya realizado de acuerdo con lo establecido en este Reglamento, debiendo revisar:
 - a. Que los análisis de los precios unitarios estén estructurados con costos directos, indirectos, de financiamiento, cargo por utilidad y cargos adicionales;
 - b. Que los costos directos se integren con los correspondientes a materiales, mano de obra, maquinaria y equipo de construcción;
 - c. Que los precios básicos de adquisición de los materiales considerados en los análisis correspondientes, se encuentren dentro de los parámetros de precios vigentes en el mercado;
 - d. Que los costos básicos de la mano de obra se hayan obtenido aplicando los factores de salario real a los sueldos y salarios de los técnicos y trabajadores, conforme a lo previsto en este Reglamento;
 - e. Que el cargo por el uso de herramienta menor, se encuentre incluido, bastando para tal efecto que se haya determinado aplicando un porcentaje sobre el monto de la mano de obra, requerida para la ejecución del concepto de trabajo de que se trate, y
 - f. Que los costos horarios por la utilización de la maquinaria y equipo de construcción se hayan determinado por hora efectiva de trabajo, debiendo analizarse para cada máquina o equipo, incluyendo, cuando sea el caso, los accesorios que tenga integrados;
- III. Verificar que los análisis de costos directos se hayan estructurado y determinado de acuerdo con lo previsto en este Reglamento, debiendo además considerar:
 - a. Que los costos de los materiales considerados por el licitante, sean congruentes con la relación de los costos básicos y con las normas de calidad especificadas en las bases de la licitación;
 - b. Que los costos de la mano de obra considerados por el licitante, sean congruentes con el tabulador de los salarios y con los costos reales que prevalezcan en la zona donde se ejecutarán los trabajos, y
 - c. Que los costos horarios de la maquinaria y equipo de construcción se hayan determinado con base en el precio y rendimientos de éstos considerados como nuevos, para lo cual se tomarán como máximos los rendimientos que determinen los manuales de los fabricantes respectivos, así como las características ambientales de la zona donde vayan a realizarse los trabajos;
- IV. Verificar que los análisis de costos indirectos se hayan estructurado y determinado de acuerdo con lo previsto en este Reglamento, debiendo además considerar:
 - a. Que el análisis se haya valorizado y desglosado por conceptos con su importe correspondiente, anotando el monto total y su equivalente porcentual sobre el monto del costo directo;
 - b. Constatar que para el análisis de los costos indirectos se hayan considerado adecuadamente los correspondientes a las oficinas centrales del licitante, los que comprenderán únicamente los necesarios para dar apoyo técnico y administrativo a la superintendencia del contratista encargado directamente de los trabajos y los de campo necesarios para la dirección, supervisión y administración de la obra, y

- c. Que no se haya incluido algún cargo que, por sus características o conforme a las bases de la licitación, su pago deba efectuarse aplicando un precio unitario específico;
 - V. Verificar que en el análisis y cálculo del costo financiero se haya estructurado y determinado considerando lo siguiente:
 - a. Que los ingresos por concepto del o los anticipos que le serán otorgados al contratista, durante el ejercicio del contrato y del pago de las estimaciones, consideren la periodicidad y su plazo de trámite y pago; deduciendo del monto de las estimaciones la amortización de los anticipos;
 - b. Que el costo del financiamiento esté representado por un porcentaje de la suma de los costos directos e indirectos;
 - c. Que la tasa de interés aplicable esté definida con base en un indicador económico específico;
 - d. Que el costo del financiamiento sea congruente con el programa de ejecución valorizado con montos mensuales, y
 - e. Que la mecánica para el análisis y cálculo del costo por financiamiento empleada por el licitante sea congruente con lo que se establezca en las bases de la licitación;
 - VI. Verificar que el cálculo e integración del cargo por utilidad, se haya estructurado y determinado considerando que dentro de su monto, queden incluidas la ganancia que el contratista estima que debe percibir por la ejecución de los trabajos, así como las deducciones e impuestos correspondientes, no siendo necesario su desglose;
 - VII. Verificar que el importe total de la propuesta sea congruente con todos los documentos que la integran, y
 - VIII. Que los programas específicos de erogaciones de materiales, mano de obra y maquinaria y equipo de construcción sean congruentes con el programa de erogaciones de la ejecución general de los trabajos, así como con los programas presentados en la propuesta técnica.
- B. Tratándose de propuestas a precio alzado además se deberá verificar:
 - I. Del presupuesto de la obra:
 - a. Que en todas y cada una de las actividades que integran el presupuesto, se establezca su importe;
 - b. Que los importes estén anotados con número y con letra, los cuales deben ser coincidentes; en caso de diferencia deberá prevalecer el que se consigna con letra, y
 - c. Verificar que el importe total de la propuesta sea congruente con todos los documentos que la integran;
 - II. Que exista congruencia entre la red de actividades, la cédula de avances y pagos programados y el programa de ejecución de los trabajos y que éstos sean coherentes con el procedimiento constructivo;
 - III. Que exista consistencia lógica de las actividades descritas en la red, cédula de avances y pagos programados, y el programa de ejecución, y
 - IV. Que los programas específicos de erogaciones sean congruentes con el programa general de ejecución de los trabajos y que los insumos propuestos por el licitante, correspondan a los periodos presentados en los programas, así como con los programas presentados en la propuesta técnica."

En conclusión cuando el contrato a celebrar vaya a ser sobre la base de precios unitarios, la norma establece que los aspectos fundamentales a revisar sean el presupuesto de la obra; el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios y el análisis de los costos directos, indirectos, por financiamiento, y el cargo por utilidad, se hayan realizado conforme a lo previsto por la LOPSRM, y el RLOPSRM, además de verificar que el importe total de la propuesta guarde congruencia con todos los recursos propuestos para la ejecución, congruencia que también ha de reflejarse en los programas de ejecución propuestos.

Como puede apreciarse, la norma omitió establecer, que la verificación incluyera revisar que se hubieren incluido en la integración de los precios unitarios, los cargos adicionales, por lo que en estricto sentido esto ha de interpretarse en el sentido que la inclusión de éste cargo por sí misma no determina la insolvencia de la propuesta, sin embargo, es posible que sumado a otros aspectos como los precios propuestos, ello implique la insolvencia económica de la propuesta, por lo que a mi juicio, en este punto debe existir una rectificación por parte del poder ejecutivo al ejercer la facultad reglamentaria, y debe modificarse el RLOPSRM, para efecto de no dejar fuera de la revisión éste aspecto, ya que como se indicó al analizar lo atinente al pliego de requisitos, por lo general estos cargos son impuestos locales, y resulta incongruente que por un lado se exija como requisito en los pliegos de requisitos demostrar la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones fiscales y por otro, no se verifique el cumplimiento de algunas de dichas obligaciones, respecto de los trabajos que se pretende contratar, siendo que se exige la inclusión de éstos cargos en los precios unitarios, lo cual es motivo de análisis en ésta evaluación.

La norma comete el yerro en la fracción VI, apartado A, al señalar que, el oferente no está a efectuar el desglose de dicho cálculo, lo cual implica que la evaluación de este punto sea resulte invalida, toda vez que al carecer de un desglose, resulta imposible establecer si los montos de las probables ganancias y de las obligaciones de carácter fiscal son ciertas o no, lo cual resulta contrario a la lógica, si lo que se persigue con éste análisis es determinar la solvencia de la propuesta, máxime que el contratista ha de acreditar la regularidad fiscal, pero queda exento de demostrar, la forma y términos en que por el posible contrato prevé cumplir dichas obligaciones.

Cuando el contrato a celebrarse con motivo de la licitación, sea sobre la base de precio alzado, además de evaluar los aspectos económicos generales ya apuntados, la norma en su apartado B, obliga a la convocante, a verificar otros aspectos tales como: el presupuesto de obra, la red de actividades propuesta, las cédulas de avances y de pagos y los programas de erogaciones, además de la congruencia que ha de existir entre todos ellos, ya que de lo contrario, las propuestas que no se ajusten a ello serán determinadas como insolventes desde el punto de vista económico. Sobra decir, que desde mi punto de vista, en este tipo de contratos no debiera de hacerse de lado la técnica de los precios unitarios para determinar la solvencia económica de las ofertas de contrato, ya que es la única técnica confiable para ello, además de que en estricto sentido lo único que jurídicamente cambia en este tipo de contratos es la forma en que será cubierta la contraprestación al contratista, esto es, el pago de los anticipos y estimaciones, por tanto, no existe justificación para pretender la estructuración y existencia de conceptos que nada aportan a la transparencia y legalidad en la toma de decisiones.

Como ya se adelantó, cuando el objeto del procedimiento licitatorio, verse respecto de servicios relacionados con las obras públicas, los aspectos a verificar, resultan ser, además de las condiciones de tipo legal, que se analizan en la propuesta técnica, fundamentalmente resultan ser que el personal propuesto por el oferente o licitador cuente con la experiencia, capacidad y recursos necesarios para la realización de los trabajos solicitados por la convocante en los respectivos términos de referencia; que los tabuladores de sueldos, la integración de las plantillas y el tiempo de ejecución correspondan al servicio ofertado. Es por ello, que también adelantamos, que en estricto sentido, aun cuando la normatividad vigente califica a estos procedimientos de licitaciones, en realidad se trata de concursos, prueba de ello, es que la propia norma, atendiendo a las características propias de cada servicio, y siempre y cuando se demuestre su conveniencia, autoriza la utilización de mecanismos basados en puntos y porcentajes para evaluar las propuestas, salvo en los casos de asesorías y consultorías donde invariablemente deberán utilizarse estos mecanismos, de acuerdo con los lineamientos que para tal efecto se obliga a la Secretaría de la Función Pública que emita, haciendo uso indebido de la facultad reglamentaria, exclusiva del titular del Poder Ejecutivo.

La Ley establece que una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato debe ser adjudicado, de entre los licitadores, a aquél cuya propuesta haya resultado solvente tanto en el aspecto técnico como en el económico, porque pudo determinarse que reunió, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en las bases de licitación, las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantizó satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas. Así mismo, la norma previene, que siendo el caso de que se determine que dos o más proposiciones resultaron calificadas como solventes, debido a que cumplieron cabalmente con la totalidad de los requisitos solicitados en el pliego respectivo, elaborado por el órgano estatal convocante, el contrato ha de ser adjudicado, al oferente que haya presentado la proposición, cuyo precio resulte el más bajo.

En estricto sentido las causas para el desechamiento de las propuestas económicas se hacen consistir en: a) La presentación incompleta o la omisión de cualquier documento requerido en las bases; b) El incumplimiento de las condiciones económicas requeridas por la convocante; c) La ubicación del licitador en alguno de los supuestos señalados en el artículo 51 de la Ley, y d) Las demás que, de acuerdo a las características, magnitud y complejidad de los trabajos a realizar, sean consideradas expresamente en las bases de licitación por el estado a través del ente convocante las cuales han de ser estrictamente necesarias para la evaluación de las propuestas o la realización de los trabajos.

Para hacer constar todo lo anterior, la norma establece como obligación de los entes Estatales, la necesidad de emitir un dictamen que ha de servir como base o fundamento para el fallo. La norma señala los requisitos mínimos con que debe cumplir dicho documento.

En estricto sentido éste es el documento que en la doctrina se conoce como preadjudicación, y la adjudicación propiamente dicha, es el acto administrativo a través del cual se da a conocer el resultado final del procedimiento licitatorio, haciendo público el nombre del oferente determinado como adjudicatario del contrato, el cual puede hacerse constar tanto en una acta como en un oficio.

3.2.3.7.- PERFECCIONAMIENTO O FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Una vez emitido el dictamen, ya se ha determinado en favor de que licitador será emitido el fallo, esto es, se ha formulado la adjudicación del contrato, sin embargo, ésta no surte sus efectos, sino hasta el momento en que es notificada al oferente seleccionado, el efecto lógico de dicha comunicación es el establecimiento de un vínculo jurídico contractual entre el proponente ganador y el ente estatal convocante, que a partir de ese momento será contratante, esto es, el particular ganador adquiere el derecho subjetivo a formalizar el contrato, ya que en estricto sentido al momento de la adjudicación se forma el acuerdo de voluntades, existe a partir de ese momento y sólo resta darle la forma que determine la ley en cada caso, en México, tratándose de obra pública, la norma establece que el adjudicatario deja su estatus de proponente para volverse cocontratante del órgano estatal que convocó a licitación para recibir la presentación de ofertas de contrato.

Nuestra legislación prevé que dicha notificación puede efectuarse de dos formas una en junta pública, la otra mediante escrito, en que se informe al proponente ganador el resultado, en ambos casos, a partir de ese momento, el adjudicatario ya es el titular del contrato, por lo que puede válidamente exigírsele que desde ese momento presente las garantías tanto de cumplimiento de contrato como de buen uso del anticipo, en el supuesto de que en el pliego de requisitos se haya previsto su otorgamiento.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en este punto, en opinión de algunos tratadistas, se requiere necesariamente de la formalización, instrumentación o existencia física de tal contrato. Señalan que es por esa razón que la norma establece un plazo perentorio y algunas sanciones para las partes en caso de que el contrato no fuera formalizado, lo cual se llevará dentro del plazo señalado por la ley, mismo que iniciará su cómputo a partir de la notificación de la adjudicación correspondiente. Por lo tanto, en estos casos se considera que el contrato se perfecciona o nace a la vida jurídica a partir del otorgamiento de ese documento, es decir, desde el momento en que es suscrito por las partes el contrato. Desde luego, este instrumento jurídico, será prueba fehaciente de la relación contractual, que en otros casos sólo puede acreditarse con la notificación del fallo emitido.

Por lo que hace a la emisión del fallo propiamente dicho o adjudicación del contrato, como ya lo adelanté, la norma establece dos formas de darlo a conocer. La primera es en junta pública, a la que libremente pueden asistir los licitadores que hayan participado en el acto de presentación y apertura de las proposiciones, el acto debe llevarse a cabo o tramitarse en principio celebrándose en la fecha y hora establecidos en la segunda acta del acto de presentación y apertura de las proposiciones, se iniciará dando lectura al dictamen que sirvió de base para emitir el fallo, momento en que es hecho del conocimiento público, el nombre y monto de la propuesta del licitador ganador, en este supuesto, debe levantarse una acta de tipo circunstanciado, misma que deben firmar todos los asistentes al acto, mismos que tienen derecho a que se les entregue una copia de la misma.

La norma, en atención a la lógica insatisfacción, que puede guiar el obrar de los oferentes que no resultaron adjudicatarios, establece que la falta de firma de algún licitador no invalidará su contenido y efectos, y obliga al ente estatal convocante, a ponerla a disposición de los participantes que no hayan asistido al acto, desde esa misma fecha, para efecto de su notificación. La segunda opción para dar a conocer el fallo, es la facultad otorgada a los órganos estatales contratantes, de optar por notificarlo por escrito, a los licitadores, dentro de los cinco días naturales siguientes al de su emisión.

En ambos casos existe la obligación para la convocante de notificar por escrito a los oferentes no ganadores la información acerca de las razones por las cuales su propuesta no resultó ganadora. Cuando exista desechamiento de alguna propuesta declarada como no solvente los entes de mérito deberán entregar a cada licitador, a través de un oficio independiente, es decir, uno a cada participante, en el que se expresen las razones y fundamentos para ello, con base en este dictamen. La norma establece que el fallo que se emita, debe cumplir con ciertos requisitos mínimos, los cuales son establecidos por la norma reglamentaria en forma taxativa.

La norma confirma mi punto de vista respecto del carácter vinculante de la licitación, al señalar que con el fallo y el modelo de contrato en su poder, el licitador que haya resultado ganador, podrá tramitar las garantías a que hace referencia la LOPSRM y el RLOPSRM, esto es, el oferente seleccionado como contratante del órgano estatal de que se trate, es tal a partir del momento en que es notificado de la decisión tomada, por ello, con dichos documentos puede legalmente obtener las finazas de cumplimiento de

contrato y de buen uso del anticipo, pues en estricto sentido, el ya es parte de dicho acuerdo de voluntades, pues dicho contrato tiene plena existencia y no requiere de la existencia física del mismo para garantizar las obligaciones que ya asumió.

3.2.3.8.- LAS GARANTÍAS EN LA LICITACIÓN.

En cuanto a este tema, al igual que en el caso de todo lo atinente a la licitación pública, la mayoría de los tratadistas abordan el tema de las garantías que son requeridas para dar certeza al estado de que las personas que participan en el procedimiento de contratación, sostendrán su oferta, durante el tiempo previsto para la substanciación de la licitación, ya que al ser emitido el fallo, o notificarse la adjudicación del contrato, todos los participantes, con excepción del ganador, tienen derecho a que les sea devuelta su garantía, pero en el caso del ganador, éste ha de sustituirla por las de cumplimiento de contrato, y en su caso otorgar la de buen uso del anticipo, así lo sostienen Berçaitz⁴⁰⁹, Escola⁴¹⁰, Gordillo⁴¹¹, Fernández Ruiz⁴¹², Dromi⁴¹³, y López-Elías⁴¹⁴. En el caso de éstos dos últimos resulta por demás interesante el análisis que hacen respecto de la posibilidad de ampliar las formas de garantizar el sostenimiento de la proposición, sin embargo, en el caso mexicano, todo esto carece de interés jurídico, toda vez que la actual legislación en materia de obra pública, estos, la LOPSRM, simplemente omitió establecer normas al respecto, por lo que las licitaciones son tramitadas sin exigir ninguna garantía a los participantes para el sostenimiento de sus propuestas durante la tramitación de la licitación respectiva.

Para garantizar la seriedad de dicha propuesta, anteriormente nuestra legislación, como lo hace la de otros países, establecía como obligación para los participantes en los procedimientos licitatorios el otorgamiento de una garantía, sin embargo, como ya fue comentado, la actual ley omitió ese requisito del procedimiento licitatorio, lo cual consideramos un error, ya que para una eficaz garantía, bastaba que la norma exigiera que ésta se constituyera mediante fianza exclusivamente, pero ante la omisión legislativa, en estricto sentido las licitaciones son substanciadas sin la debida seriedad, toda vez que

⁴⁰⁹ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 337 y 338.

⁴¹⁰ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 663.

⁴¹¹ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. XII-28.

⁴¹² Fernández Ruiz, Op. Cit. Págs. 192 y 193.

⁴¹³ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 333 a 351.

⁴¹⁴ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 159 a 172.

cualquier licitador puede, en cualquier momento, optar por no respetar su oferta y retirarla, e incluso en caso de ser designado adjudicatario del contrato, puede simplemente no presentarse a suscribir el instrumento jurídico, sin recibir una sanción inmediata, no obstante, con base en esos hechos puede ser sancionado en los términos del Título Séptimo de la LOPSRM, denominado "De las Infracciones y Sanciones", el cual en su capítulo único, integrado por los artículos 77, 78 y 79, los que establecen el monto de las sanciones y el procedimiento a seguir, para en su caso inhabilitar temporalmente al licitador para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos, por lapsos que van de los tres meses hasta los cinco años, para lo cual los entes estatales, dependientes del poder ejecutivo federal, quedan obligados a informar a la Secretaría de la Función Pública, de la infracción cometida.

3.2.3.9.- LA LICITACIÓN FRUSTRADA

He insistido en que el objetivo fundamental de la licitación pública, es seleccionar a la persona que será el cocontratante del estado, quien hace un llamado a la presentación de ofertas, a efecto de seleccionar la que ofrezca las condiciones más ventajosas o convenientes, sin embargo, no siempre ocurre esto, y el procedimiento se frustra, fundamentalmente por tres grandes razones, la primera consiste en que nadie acuda al llamado del ente convocante; la segunda que todas y cada una de las propuestas recibidas tengan que ser rechazadas por presentar errores o incumplimientos graves al pliego de requisitos o bases de la licitación; y la tercera es que habiendo recibido propuestas, que hayan cumplido con todos los requisitos exigidos, éstas resulten inconvenientes para el estado. Sobre este tema el material dogmático, es poco prolijo en nuestro medio, sin embargo, algunos de los tratadistas que abordan el tema lo hacen con un criterio casi unánime, dichos autores son Dromi⁴¹⁵, Cassagne⁴¹⁶, y Fernández Ruiz⁴¹⁷.

Desde el punto de vista de Dromi, la licitación será calificada de fracasada en el primero de los supuestos mencionados, esto es cuando no se presente ningún proponente con motivo del llamado para ofertar, en este caso, en el acto de presentación y apertura de las proposiciones, se procederá a hacer la declaración correspondiente, y el efecto será el

⁴¹⁵ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 111 y 112.

⁴¹⁶ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 60 y 61.

⁴¹⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 186 y 187.

que determine la legislación de que se trate, esto es, proceder a la adjudicación directa del contrato o bien proceder a realizar un segundo llamado a ofertar. El segundo supuesto, que señala el autor, es el de la licitación fracasada, propiamente dicha, que es el caso en que ninguna de las propuestas presentadas cumplió con todos los requisitos del pliego respectivo, por lo que al momento en que pueda determinarse dicha circunstancia, ha de procederse a efectuar la declaración correspondiente. Las opciones para el ente convocante son las mismas que en el supuesto anterior, esto es, proceder a la adjudicación directa del contrato respectivo, o bien, realizar una segunda convocatoria, la opción correcta depende de lo que específicamente determine la legislación en cada caso. Otro supuesto de licitación fracasada es por el hecho de que en estricto sentido las ofertas recibidas durante la tramitación del procedimiento sí cumplieron con los requisitos exigidos, sin embargo, debido al precio ofertado, ésta resulta inconveniente para el estado, por lo que el ente convocante ha de proceder a hacer la declaración consecuente al momento de la emisión del fallo. Por último, el autor refiere que la otra forma de frustración de la licitación, se da cuando ésta es anulada, por la existencia de vicios en el procedimiento, sin embargo, dado que el efecto de la nulidad lisa y llana, también conocida como absoluta, consiste en retrotraer las cosas al estado anterior al del inicio del procedimiento, mas que hablar de frustración, resultaría adecuado ubicar este supuesto en el tema de los recursos de la licitación. Consecuentemente, en este apartado, tal como lo hace nuestra legislación sólo he de referirme a la forma y términos en que la norma trata las tres primeras hipótesis. Además de lo anterior, es necesario destacar que el autor no consideró las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor y *factum principis*, como razones para determinar la cancelación de una licitación, esto es, la suspensión definitiva del procedimiento, antes de que deban emitirse la adjudicación y el fallo, por el surgimiento de un acto o hecho independiente de la voluntad de las partes que haya sido imprevisible o previsible pero definitivamente insuperable que impida en forma definitiva tramitar el procedimiento, o bien, un acto estatal que tenga las mismas consecuencias, siempre y cuando provenga de autoridad distinta a la convocante.

El tema de mérito, esta previsto en los artículos 40 de la LOPSRM, y en los numerales 41, 42, y 43 del RLOPSRM, es importante destacar que nuestra legislación califica con propiedad el resultado de las tres hipótesis, así las normas en cita establecen la facultad de los entes estatales, de declarar desierta una licitación en tres supuestos: cuando las propuestas presentadas no reúnan los requisitos de las bases de la licitación, lo cual

como ya quedó establecido sólo puede determinarse mediante la evaluación cuantitativa y cualitativa de las propuestas en sus aspectos técnico y económico; cuando las propuestas presentadas incluyan precios que no resulten aceptables, esto es, cuando los precios propuestos no puedan ser pagados por el ente convocante, en razón claro está, de que los mismos exceden lo presupuestado para cubrir las erogaciones de dicho contrato, en tal supuesto a mi juicio ha de analizarse la posible existencia de un error en la formulación del presupuesto o bien, investigar si existió algún tipo de complot para encarecer los precios del contrato ofertado y proceder en consecuencia; el otro caso de frustración de la licitación es cuando no se reciba ninguna propuesta en la licitación, lo cual puede acontecer por dos razones, una que nadie haya adquirido el pliego de requisitos, o bien que habiéndolo adquirido, ninguno de los interesados haya determinado presentar su propuesta en el acto correspondiente. En tal caso, desde mi punto de vista ello puede acontecer por dos razones, que no existan contratistas interesados en la ejecución de la obra, o bien, que es lo más lógico, que se hayan establecido condiciones demasiado gravosas para los proponentes y la ejecución de la obra o servicio les resulte inconveniente. En este supuesto la norma ordena al ente convocante a la expedición de una segunda convocatoria, pero omite señalar que se analicen las posibles causas del hecho que ha frustrado la licitación.

Así mismo, la norma otorga a los órganos estatales la facultad discrecional de cancelar una licitación en los supuestos de hechos sobrevenientes como el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho del príncipe, que modifique las circunstancias de hecho de modo tal, que el cumplimiento del objeto del contrato motivo de la licitación, lejos de lograr un beneficio social, por ser una forma de lograr el interés público, resulte contrario a éste y cause un daño o perjuicio tales, que resulte más conveniente proceder a extinguir el procedimiento en la fase de substanciación en que se encuentre.

En todos los supuestos de cancelación de la licitación, la norma ordena notificar por escrito tanto a los proponentes o licitadores como al órgano interno de control, en dicho documento ha de expresarse el fundamento y la motivación del acto; además en el último de los supuestos, esto es, con excepción del caso fortuito o fuerza mayor, la norma determina la obligación de indemnizar a los oferentes con el pago de los llamados gastos no recuperables, mismos que han de ser razonables y debidamente comprobados, además de estar directamente vinculados con la licitación de que se trate,

consecuentemente establece que la indemnización ha de limitarse a los conceptos que taxativamente señala.

Finalmente, tratándose de la nulidad del procedimiento, esto es, como resultado de una inconformidad tramitada ante el órgano interno de control o ante la Secretaría de la Función Pública, en el que se determine la inexistencia del procedimiento de contratación, por causas imputables al ente convocante, también procede el pago de una indemnización, misma que ha de ajustarse al concepto de gastos no recuperables, sin embargo, en éste caso dada la existencia de un acto culposo por parte del ente convocante, desde mi punto de vista lo procedente debió ser que la indemnización fuera integral, esto es, que incluyera tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo que comúnmente es conocido como daños y perjuicios en la legislación civil.

3.2.3.10.- LOS VICIOS EN LA LICITACIÓN.

La existencia de vicios en el procedimiento licitatorio, es el resultado de la inobservancia de los preceptos legales que lo rigen, lo cual implica que éste adolezca de vicios, los cuales pueden dar lugar a que se declare la nulidad absoluta o lisa y llana en el supuesto de que el vicio sea grave, tratándose de vicios leves, el resultado será una declaración de nulidad relativa o para efectos.

En el primer supuesto, el efecto de la resolución jurídica que determine la nulidad o anulación del procedimiento, según sea que la resolución sea emitida en sede administrativa o judicial, será que el procedimiento deje de existir, por lo que las cosas deberán quedar como lo estaban antes de iniciarse el procedimiento, mismo que habrá dejado de existir en el mundo jurídico. En el segundo caso, el efecto de la resolución de nulidad o anulación, será que el procedimiento sea repuesto a partir del momento anterior al acto que se determinó adoleció de vicios, para efectos de que el mismo sea nuevamente emitido en estricto apego a lo determinado por la norma jurídica.

Los vicios del procedimiento licitatorio pueden clasificarse en las mismas etapas que se establece tiene el procedimiento licitatorio, por tanto, las más importantes pueden serlo: la carencia o insuficiencia de partida presupuestal; la existencia de vicios en las bases de la licitación o pliego de requisitos, en el llamado a ofertar o convocatoria; en el acto de

presentación y apertura de las propuestas; en el dictamen y el fallo, entre los autores que tratan el tema con cierta profundidad están Fernández Ruiz⁴¹⁸ y López Elías⁴¹⁹.

Concerniente a la obligación de contar con partida presupuestal previa para iniciar un procedimiento de contratación, de conformidad con el artículo 126 Constitucional, el penúltimo párrafo del artículo 25 Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, su Reglamento y el Manual de Normas Presupuestarias del Gobierno Federal, está prevista expresamente en materia de obra pública en el Artículo 24 de la LOPSRM, el cual establece que los entes estatales, únicamente pueden convocar, adjudicar o contratar obras públicas y servicios relacionados con éstas, cuando cuenten con la autorización presupuestal respectiva, ya sea que ésta sea global o específica, por parte de la Dependencia responsable de ello, ya sea que se trate del presupuesto de inversión o de gasto corriente, ya que con base en éstos que deberán elaborarse los programas de ejecución y pagos correspondientes. Asimismo, se establece un caso de excepción, para el cual como ya fue analizado, de cualquier forma se requiere una autorización expresa y por escrito, consistente en el Oficio Especial de Autorización de Inversión, que permite iniciar la substanciación de la licitación aún cuando todavía no se cuente con partida presupuestal para ejercer el gasto.

En cuanto a los efectos de este vicio es claro que si se carece de recursos presupuestales para efectuar el gasto, la nulidad será plena, es decir, lisa y llana⁴²⁰, sin embargo, cuando con posterioridad a la publicación de la convocatoria, es obtenida la autorización correspondiente, algún sector de la doctrina⁴²¹ se inclina por señalar que existe convalidación del acto, a mi juicio no, y ello se debe a que desde la publicación de la convocatoria inicia el proceso de venta de bases, por tanto, la convalidación sólo es factible cuando ocurra entre el momento que se decida realizar el acto y hasta antes de iniciar la venta de bases, ya que debe recordarse que un requisito del pliego, es justamente señalar cual será la partida presupuestal afectada.

Relativo a los vicios en el pliego de requisitos, pueden consistir en que éstos se hayan formulado sin apearse a lo previsto por la norma, ya sea porque contenga cláusulas

⁴¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 193 a 197.

⁴¹⁹ López Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 205 a 213.

⁴²⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 195.

⁴²¹ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 207 y 208.

limitativas, o inductivas que impidan la libre participación de los interesados, o bien estén dirigidas a que sólo ciertas personas las puedan cumplir, además que indebidamente exijan el cumplimiento de requisitos de tipo subjetivo, prohibidos por la norma tales como la inclusión de marcas de productos, el establecimiento de plazos de entrega o realización de actos de imposible cumplimiento, e incluso que determinen la ejecución de los trabajos en un plazo exiguo de imposible cumplimiento; en general las que sean contrarias a las previsiones legales y reglamentarias que impliquen violaciones a las mismas, otra muy evidente es la modificación de éste documento normativo, sin cumplir con las formalidades exigidas por la norma y sin hacerlo del conocimiento de todos los participantes, esto es, que sean realizadas justamente con el propósito de impedir la libre participación de los oferentes o que implique un beneficio específico para alguno o algunos de los interesados. En cuanto a la impugnación de éste documento, ya se indicó que en estricto sentido la norma sólo prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones o de requerir modificaciones por contener cláusulas contrarias a derecho, pero de resultar negativa la respuesta, en mi opinión es factible interponer una inconformidad e incluso un juicio de en materia contencioso administrativa, ante la ilegalidad del acto administrativo que infundadamente niegue la aclaración o modificación del documento.

Concerniente a la existencia de vicios en el llamado a ofertar, estos pueden darse en varios aspectos, tal vez el más evidente sea que simplemente no se realice la publicación de la convocatoria, o cuando así lo disponga la norma la publicación, no sea realizada en todos los medios establecidos, o con la anticipación prevista, y por último que el documento divulgado carezca de alguno de los requisitos establecidos por la norma, a los que ya se hizo referencia. Un vicio más del llamado a ofertar, es que este sea modificado sin cumplir con las formalidades previstas por la norma y que la publicidad dada al acto sea menor a la ordenada e incluso nula, ya que ello implicaría la violación a los principios de publicidad y concurrencia.

La existencia de la mayor cantidad de vicios en el procedimiento licitatorio, puede ser en el acto de presentación y apertura de las proposiciones, toda vez que el mismo ha de realizarse cumpliendo varias formalidades y es complejo, en el sentido de estar conformado de varios actos y hechos administrativos. Sin lugar a dudas pueden estar viciados todos los actos administrativos con los que se determine que las propuestas técnicas o económicas no cumplieron con todos los requisitos exigidos en las bases de la

licitación, igualmente, pueden serlo los actos administrativos que determinen el desechamiento de las propuestas por incumplimiento de los aspectos técnicos exigidos en el pliego de requisitos. Igualmente pueden adolecer de vicios el levantamiento de las actas de la primera o segunda etapa del acto. Otro aspecto que puede viciar este acto, lo es la aceptación de propuestas fuera del plazo establecido para ello o bien la apertura de sobres antes o después del momento procesalmente establecido para ello.

En cuanto a los efectos de esos vicios, estos pueden determinar la nulidad lisa y llana o para efectos, según el momento en que éstos sean objeto de alguna inconformidad, dependiendo si como resultado de ella se determina la suspensión del procedimiento licitatorio o no, ya que en este último supuesto, puede ser que ya se haya formalizado el contrato e incluso se haya iniciado la ejecución de los trabajos.

Finalmente, están los vicios en la adjudicación, en este punto conviene reiterar que el procedimiento administrativo especial de la licitación pública, no es automático y así como el participar en él no implica adquirir el derecho subjetivo de ser designado adjudicatario, tampoco lo es que la presentación de la oferta más baja, garantice al oferente, que se determine que la misma resultará ser la más ventajosa o conveniente, pues más bajo no es sinónimo de más ventajosa, sin embargo, debe destacarse que en la práctica los órganos internos de control, o más bien dicho en base a la interpretación que sobre este punto ha hecho de la Secretaría de la Función Pública, los primeros, que dependen jerárquicamente y normativamente de aquella, se han esforzado porque dicho criterio prevalezca, aún cuando ello provoque frecuentes incumplimientos de contrato con los consecuentes resultados, e inconvenientes que ello conlleva, pues se atrasa el cumplimiento de los objetivos programático presupuestales, no se ejercen los presupuestos tanto de inversión como de gasto corriente y finalmente es necesario volver a contratar previa substanciación del procedimiento licitatorio, sin que a dicha Secretaría de Estado le importe esa pérdida de horas hombre y de recursos por la imposición de un criterio que en estricto sentido contraria la norma jurídica.

Pero retomando el punto, los vicios en esta etapa del procedimiento por regla general han de consistir en que la adjudicación fue realizada en incumplimiento a las normas jurídicas que regulan el acto, así el incumplimiento de dichas normas puede derivar de una evaluación cualitativa errónea de las propuestas admitidas para ello, que el dictamen se

haya realizado sin cumplir con lo previsto por la normativa; o más concretamente, por considerar que el acto administrativo que desecha una propuesta resulta ilegal por deficiencias en la fundamentación y motivación del acto.

Igualmente, pueden consistir en que la licitación sea declarada desierta en forma injustificada; por haber desechado propuestas sin fundamento alguno; por adjudicar el contrato a quien no haya presentado la propuesta solvente más baja, esto es, que la adjudicación se haya dictado a favor de una persona cuya propuesta resulte más alta, que otras que también sean solventes; por haber desechando por insolvencia otras que sean solventes, por haber ofrecido precios vigentes de mercado y más bajos que los de la propuesta seleccionada y en consecuencia hayan cumplido con la totalidad de los requisitos exigidos por el ente convocante; porque se realice la adjudicación a favor de una persona que no resulte idónea, por estar ubicada en alguno de los supuestos del artículo 51 de la LOPSRM, esto es, adjudicar el contrato a favor de una persona sobre la que existe una prohibición legal vigente de contratar e incluso de presentar propuesta.

3.2.3.11.- RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LICITACIÓN.

Contra toda esa gama de posibilidades de actos viciados, todos, el adjudicatario, los licitadores o quienes lo fueron en las distintas etapas del procedimiento e incluso quienes aspiraron a serlo, tienen el derecho de hacer valer sus derechos o su interés jurídico, para que el procedimiento administrativo especial, que es la licitación pública sea tramitado en estricto apego a las normas jurídicas que la regulan, y ello pueden hacerlo por dos vías la de la inconformidad, ante autoridad administrativa, o bien, la del juicio de anulación del acto administrativo de que se trate, ante la autoridad judicial.

Desde mi punto vista, en general todos los actos administrativos dirigidos a un particular, que derivan de la tramitación de la licitación, tales como los que determinan desechar las propuestas por haber omitido con la presentación de algún requisito técnico o económico, las que igualmente desechan las propuestas por haber presentado algún documento incompleto o que incumplió con el contenido solicitado en las bases de la licitación, o bien, el fallo que adjudica el contrato a favor de cierta persona, declara desierto el procedimiento o lo cancela, cumplen con el principio de ser definitivos tanto para las personas a quienes está dirigido, como a los demás participantes, entendiendo que en el

caso del fallo, este está dirigido a todos los participantes en el procedimiento, aunque especialmente al designado como cocontratante, esto es, tienen individualidad jurídica y en consecuencia vida propia. Es esa cualidad de los actos administrativos, es la determina o da pie al nacimiento del derecho de los afectados a enderezar defensas jurídicas en su contra, por causarles agravio, al haber dejado de apreciar correctamente las propuestas, carecer del fundamento legal o que éste no resulte adecuado, no existir coincidencia entre el fundamento expresado y los hechos en que se sustentó etc.

Sin embargo, el criterio arriba sustentado, no siempre ha sido considerado desde esa perspectiva, efectivamente, según exponen Dromi⁴²², y Cosculluela⁴²³, que originalmente el Consejo de Estado Francés, se apegó a la "teoría de los actos indivisibles", al considerar que los actos que integran el procedimiento licitatorio o de preparación de la voluntad administrativa, eran indivisibles entre sí, por lo que desde ese punto de vista, sólo estaba legitimado para impugnar la ilegitimidad de los actos de la licitación pública las partes contratantes, dejando sin protección jurídica a todos los demás participantes en el procedimiento, esto es, se consideró que los actos que integran el procedimiento licitatorio no eran autónomos e independientes, sino que estaban incorporados al contrato conformando un todo indivisible, siendo en consecuencia una unidad que daba como resultado que únicamente era susceptible de impugnación el contrato.

Posteriormente, esta teoría cedió paso a la de los actos separables, también construida de forma pretoriana por el Consejo de Estado Francés, la cual consiste en considerar que los actos que conforman a los procedimientos administrativos de contratación y el contrato mismo son separable entre sí, por tanto, susceptibles de ser considerados en sus efectos jurídicos en forma aislada y en consecuencia atacados mediante la interposición de los medios jurídicos de defensa que en cada caso la ley autoriza. Lo cual permite que estén en aptitud de impugnarlos, las personas afectadas por ellos, que en el caso del procedimiento de contratación resultan ser ajenas a la relación contractual, lo cual implica dar individualidad, autonomía e independencia jurídica a los actos que conforman a los procedimientos de contratación, ergo, impugnables, no sólo durante la substanciación del procedimiento sino después de formalizado el instrumento jurídico y elevado a la forma que en cada caso establezcan las normas jurídicas, bajo la condición única de que se

⁴²² Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 165 a 169.

⁴²³ Cosculluela Montaner, Luis, Op. Cit. Págs. 335 a 336.

trate de actos administrativos decisorios, toda vez que los actos simples de administración, preparatorios de los primeros, carecen de ese carácter, por tanto, no pueden ser objeto de impugnación.

Dromi⁴²⁴, señala que a esta teoría se suma la del acto coaligado, con origen en Italia, la cual establece que los actos integrantes del procedimiento licitatorio, tienen vida y efectos jurídicos propios, por tanto, susceptibles de ser impugnados, tanto en sede administrativa como en la judicial, desde el momento mismo de su emisión o desde aquél en que sea hecho del conocimiento del interesado. Se señala que la diferencia entre ambas teorías se hace consistir en que la segunda considera que la separación de los actos administrativos precontractuales, sólo es relativa, en razón de que no pierden independencia respecto del contrato y se incorporan a él, por lo que ahora se afirma que los actos que nos ocupan, a la vez que son separables, también se incorporan al contrato.

Por su parte, la LOPSRM, contiene diversas disposiciones respecto de la nulidad de los actos realizados al amparo de la misma, tal es el caso del último párrafo del artículo 15, el último párrafo del artículo 39, y el 83, del citado ordenamiento, los cuales establecen que: los actos, contratos y convenios que se realicen o celebren en contravención a lo dispuesto en la misma, serán nulos previa determinación de la autoridad competente, la cual dependiendo del medio de defensa que se enderece podrá ser administrativa o judicial; respecto del fallo en particular, se prevé que contra la resolución que contenga el fallo de la licitación, no procederá recurso alguno; no obstante, determina que sí procede la interposición de una inconformidad por parte de los licitadores, medio de defensa que consiste en el derecho otorgado a todas las personas interesadas, para presentar los argumentos por los cuales se considera que cierto acto contravino las disposiciones legales que regulan el acto.

Analizando estos dos últimos preceptos en cita, surgen algunas dudas, la primera de ellas, tal vez la más importante, es el cuestionamiento a cerca de que es la inconformidad, pues si por una parte el artículo 39 señala que contra el fallo no procede recurso alguno, pero sí la inconformidad, quiere decir que se trata de figuras jurídicas distintas, al respecto, Fernández Ruiz⁴²⁵ expresa que de conformidad con la acepción de recurso

⁴²⁴ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 165 a 169.

⁴²⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 197 y 198.

formulada por Margáin Manautou, en el sentido de que lo es todo medio de defensa que esté al alcance de los particulares, para impugnar administrativamente los actos y resoluciones dictados por el estado, en perjuicio de los primeros, ya sea por violación al ordenamiento aplicable o por la falta de aplicación de la disposición que corresponda.

Consecuentemente, la conclusión lógica es que la inconformidad prevista en la LOPSRM, es un auténtico recurso de revocación, que tendrá como materia analizar la legalidad de los actos sobre los que verse, esto es, todos aquellos que se emitan en un procedimiento licitatorio. Sin embargo, la opinión doctrinaria no es unánime, así por ejemplo, para López-Elías⁴²⁶, resulta válida la afirmación legal en el sentido de que la inconformidad no es un recurso, pero omite definir con exactitud, que tipo de defensa es la inconformidad, ya que sólo se limita a realizar una descripción de la forma y términos en que la figura fue prevista en su oportunidad por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, por lo que llego a la conclusión de que Fernández Ruiz tiene razón y se trata de un auténtico recurso.

Por otra parte, es importante destacar que en general la doctrina establece que los actos separables que integran al procedimiento licitatorio⁴²⁷, al ser independientes entre sí y ser productores de efectos jurídicos directos, son susceptibles de ser impugnables, en sede administrativa por razones de legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia; y en sede judicial exclusivamente por razones de legitimidad.

Otro aspecto a discernir, respecto del recurso de inconformidad previsto en la LOPSRM, es quienes están legitimados para interponerlo. Al respecto, el artículo 83 en su primer párrafo señala que todas personas interesadas podrán inconformarse, ante la Secretaría de la Función Pública por cualquier acto del procedimiento de contratación que contravenga las disposiciones de la misma. Sobre el particular, la doctrina ha considerado que la razón por la que se permite la impugnación de los actos separables y coaligados que integran al procedimiento licitatorio, es que los órganos estatales estén en aptitud de, en su caso, sanear el procedimiento, ya que lo fundamental es que al momento de celebrarse el contrato, ya se hayan corregido todos los vicios surgidos durante la tramitación del procedimiento, por lo que resulta fundamental que la impugnación se de al momento en que el acto viciado es producido, pues por su naturaleza el pretenderlo hacer

⁴²⁶ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 220.

⁴²⁷ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Pág. 170.

tiempo después no otorga buenos resultados, ya que en tal supuesto la impugnación sería tardía e improcedente, por presumirse que en su oportunidad el acto fue consentido por el interesado.

En cuanto a quienes son las personas facultadas para interponer recurso en contra de los actos que integran al procedimiento licitatorio, como se ha dicho en principio lo son todos los particulares participantes en él, así mismo, la norma señala que todo interesado podrá hacerlo, esto es, cualquier persona a quien la norma otorgue una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto, lo cual implica que deben serlo un grupo de personas perfectamente delimitado y definido, pues no se trata de de un derecho subjetivo, es decir, de un interés personalísimo, sino de uno ocasionalmente protegido por la norma, y ese grupo de personas no puede ser otro que los particulares que han acudido al llamado a ofertar, quienes durante el procedimiento, llegan a adquirir derechos subjetivos, es decir, personalísimos también protegidos por la norma, pues quien tiene lo más tiene lo menos.

Conforme al texto de la ley, los contratistas participantes en los procedimientos licitatorios tienen derecho a inconformarse por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica, directamente ante la Secretaría de la Función Pública, dentro de un plazo improrrogable de diez días hábiles siguientes a aquel en que se hubiere emitido el acto, o que la persona inconforme haya tenido conocimiento de su existencia. Transcurrido dicho plazo sin que se haya ejercido el derecho éste precluye para los interesados, sin embargo, dicha autoridad tiene derecho a actuar en cualquier momento ejerciendo las facultades que la norma le otorga, lo cual no es óbice para que las personas interesadas, puedan hacer del conocimiento de la citada dependencia las irregularidades cometidas en el procedimiento, con el propósito de que esta actúe en ejercicio de sus funciones, con el propósito de corregirlas.

En cuanto a la regulación de la llamada inconformidad, los artículos 83 y 84 de la LOPSRM, establecen que en ella el promovente o particular interesado, debe manifestar, bajo protesta de decir verdad, los hechos que le consten relativos al acto o actos que aduce son irregulares, para lo cual debe acompañar la documentación que sustente su petición. Como formalidades del procedimiento, la norma prevé que los hechos sean manifestados bajo protesta de decir verdad y sanciona la falta de ésta con el

desechamiento de la inconformidad al igual que la omisión del acreditamiento de la personalidad del promovente. Igualmente la norma sanciona el que dicho recurso sea sustentado en hechos falsos y en el supuesto de que éste sea resuelto contrario a los intereses del recurrente, por resultar notoriamente improcedente y se advierta que se hizo con el único propósito de retrasar y entorpecer la continuación del procedimiento de contratación; éste será sancionado con una multa conforme lo establece la LOPSRM, en el capítulo correspondiente.

En cuanto a la tramitación de la inconformidad, la norma faculta a la citada Secretaría de la Función Pública a realizar las investigaciones que resulten pertinentes, ya sea de oficio o con motivo de una inconformidad, para verificar que los actos de cualquier licitación se hayan ajustado a las disposiciones de la misma, en un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que tenga conocimiento del acto presumiblemente irregular: Como resultado de esa investigación deberá emitir una resolución en un plazo igual al que la norma le concede para realizar la investigación. Para efecto de instruir dicho procedimiento, la dependencia también está facultada para requerir información al órgano estatal licitante, quien debe remitirla en un plazo de diez días naturales siguientes a la recepción del requerimiento respectivo.

Una vez admitida la inconformidad o iniciada una investigación, la Secretaría de mérito, debe notificar el hecho a los terceros que pudieran resultar perjudicados, para que dentro del término de diez días naturales, expresen lo que a su interés y derecho convenga. Transcurrido dicho plazo sin que el tercero perjudicado haga manifestación alguna, se tendrá por precluído su derecho.

Durante la investigación de los hechos violatorios al procedimiento licitatorio, la citada Secretaría de la Función Pública queda facultada para suspender el procedimiento de contratación, en dos supuestos. Cuando ésta advierta que existan o pudieren existir actos contrarios a las disposiciones de la LOPSRM o normas que de ella deriven, o bien, que de continuarse con el procedimiento de contratación pudieran producirse daños o perjuicios al ente convocante. También cuando con la suspensión del procedimiento no se cause perjuicio al interés social y no se contravengan disposiciones de orden público. Para ello, la convocante, tiene la obligación, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la suspensión, de proporcionarle la información suficiente y necesaria para



que la Secretaría evalúe correctamente la posibilidad de que con ella se cause perjuicio al interés social o bien, se contravengan disposiciones de orden público y tome la decisión respectiva.

La norma otorga al inconforme el derecho a solicitar la suspensión del acto respecto del cual haya enderezado su defensa jurídica, para lo cual éste deberá garantizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha suspensión, mediante el otorgamiento de una fianza por el monto que fije la citada Secretaría, quien deberá establecerlo de conformidad con los lineamientos que ella misma expida, en este recurrente indebido ejercicio de la facultad reglamentaria ya comentado. Asimismo, en caso de existir tercero perjudicado, esto es, en el supuesto de que el contrato hubiere sido asignado a un tercero, éste tiene el derecho de a su vez otorgar una contrafianza equivalente al monto de la fianza, en cuyo caso la suspensión quedará sin efecto alguno.

La resolución que emita la Secretaría de la Función Pública en el procedimiento inquisidor ya referido, puede tener como resultado que: se declare la nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a derecho; la nulidad total del procedimiento, o una declaración relativa a lo infundado de la inconformidad. En contra de la resolución de inconformidad que se dicte, se podrá interponer el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes.

3.2.3.12.- BENEFICIOS Y DESVENTAJAS DE LA LICITACIÓN.

Beneficios de la Licitación.- En cuanto a las mercedes del procedimiento licitatorio, desde mi punto de vista, ellos devienen de los principios jurídicos y las normas que lo rigen, por tanto, debe afirmarse que se trata de un procedimiento administrativo especial en cuanto a su objeto, que es la contratación, mismo que tiene por objeto garantizar a los gobernados que los recursos públicos que son erogados en esa actividad, son ejercidos bajo los principios de eficiencia, eficacia y honradez, toda vez que está diseñado para que el estado al celebrar sus contratos, lo haga con la persona que le ofrezca las condiciones más ventajosas o convenientes, debido a integró su oferta con las mejores en cuanto a

precio, calidad, financiamiento y oportunidad, conforme a las imperantes en el mercado, vigentes al momento de substanciarse el procedimiento.

Sin embargo, esto sólo se cumple cuando el procedimiento es tramitado dando la debida publicidad a todos y cada uno de los actos y hechos administrativos que lo conforman, en igualdad de condiciones para todos los participantes, que deben ser todas las personas dedicadas a la actividad de que se trate, en el caso específico, a la ejecución de obras o a la prestación de servicios relacionados con éstas, lo cual implica que los pliegos de condiciones o requisitos, carezcan de cláusulas excluyentes y en general de todo requisito que impida la libre participación o dirija el llamado a hacer ofertas a determinado grupo de personas, o personas específicas, sin que exista causa justificada para ello; igualmente, el procedimiento licitatorio ha de llevarse a cabo en un ambiente de sana competencia, en el que todos tengan la misma oportunidad de ser seleccionados como el cocontratante del estado.

El efecto de lo anterior, que también es una necesidad del Estado, es que los servidores públicos, responsables de realizar este tipo de procedimientos, se encuentren libres de toda sospecha a cerca de su honestidad y la transparencia con que manejan los recursos públicos y ello se logra cuando éstos tramitan las contrataciones cumpliendo cabalmente con todos y cada uno de los requisitos previstos normativamente para substanciar debidamente éstos procedimientos, mismos que fueron diseñados para evitar suspicacias a cerca de quienes intervienen en ellos, esto es, tanto servidores públicos como empresarios, pues de lo que se trata es de combatir la corrupción.

Debido a la forma en que está estructurada, las etapas que deben cumplirse para lograr el propósito por ella perseguido, obliga al cumplimiento del proceso administrativo público, es decir, a cumplir oportunamente con las etapas de planeación, programación, presupuestación, contratación, ejecución y control de las obras públicas, por lo que difícilmente podrán instrumentarse improvisaciones en materia de contratación pública.

Desventajas de la Licitación.- Tratándose de inconvenientes, éstos pueden consistir en que se trata de procedimientos largos y tediosos, por cuya imposición no es posible tomar decisiones con la inmediatez y rapidez que algunos servidores públicos y empresarios quisieran, lo cual dado el criterio de automatismo que la Secretaría de la Función Pública

le ha querido imbuir con su interpretación de lo que ha de ser el fallo, a últimas fechas se ha vuelto crítico, por las constantes inconformidades que es necesario substanciar antes de poder suscribir válidamente un contrato, lo cual da como resultado incrementos en el costo de las obras y servicios, además de la tardanza en el cumplimiento de las metas establecidas en cada caso.

También se han alzado algunas voces señalando que en realidad se trata de un procedimiento amañado en el que dada la corrupción imperante en el país, resulta inútil participar en estos procedimientos, debido a que aún antes de su inicio ya se ha designado a la persona que será el cocontratante del estado. Ha decir verdad, esas voces no se equivocan, cuando se refieren a procedimientos en los que las bases de la licitación han sido redactadas con el propósito de dirigir el procedimiento a cierto grupo de personas, cuando existe connivencia entre empresarios y servidores públicos, lo cual es demasiado frecuente en nuestro país.

Tal vez ello se deba, a que se ha seguido la perniciosa tradición, del contratista favorito, que nos deviene desde la época de los Presidentes Antonio López de Santa Anna y Porfirio Díaz, felizmente seguida por muchos servidores públicos durante muchos años en casi todos los órganos del estado, logrando amasar enormes fortunas, pero sin lugar a dudas peor, mucho peor sería el panorama, si no se contara con instituciones jurídicas como la que me ocupa, ya que si con ella, con todos los candados legales, la vigilancia y control que se puede ejercer respecto del ejercicio de los recursos públicos, existe la corrupción, no quiero imaginar siquiera cual sería el panorama sin esa vigilancia y control, medios de los que hay que decir, que falta mucho por hacer, por cierto, no tanto, en cuanto a la reglamentación de este tipo de procedimientos, sino en cuanto a un efectivo control del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, que se torna totalmente explicable en los públicos deshonestos.

Por último, desde un punto de vista práctico, efectivamente la licitación pública no siempre es el procedimiento más idóneo para lograr todas las contrataciones, pero ello no ha escapado al mandato constitucional, recordemos que el tercer párrafo del artículo 134, faculta al poder legislativo a apreciar las circunstancias cuando el procedimiento licitatorio no resulte el más adecuado para asegurar al estado, que la contratación se realizará asegurándole las mejores condiciones en los términos ya expresados, otorgándole para

ello la facultad de establecer en las normas jurídicas secundarias las excepciones a éste, en las que deberán establecer las bases, procedimientos legales, reglas, requisitos y demás elementos, para que en las contrataciones por excepción a la licitación se acrediten la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que le aseguren las mejores condiciones.

3.2.4.- INFLUENCIA DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN.

En el segundo capítulo de éste trabajo, al hacer referencia a las diversas normas que han regulado al contrato de obra pública, hice clara alusión a que con motivo de las negociaciones tendientes a la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en el año de 1991, fue modificada la entonces Ley de Obras Públicas, mediante el Decreto de fecha 11 de julio de 1991, cuyo Artículo Segundo, derogó el Capítulo II, de dicho ordenamiento, denominado "Del Padrón de Contratistas de Obras Públicas", eliminado desde entonces la existencia de este tipo de controles respecto de las personas que tienen interés y frecuentemente celebran contratos con el estado.

En ese punto expresé las razones por las que estoy en total desacuerdo con dicha medida, ya que su efecto ha sido que los procedimientos licitatorios sean demasiado lentos en su tramitación, especialmente en lo atinente a la revisión de la documentación que acredita la existencia, capacidad técnica y económico-financiera de quienes acuden a cada llamado a ofertar. Así mismo, ya he analizado lo relativo a los pliegos de requisitos y como la LOPSRM ha establecido reglas para evitar que ello ocurra así, lo cual es de uso poco frecuente, por lo que desde mi perspectiva esa fue la primera gran influencia del citado tratado en el procedimiento licitatorio.

Debemos recordar que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, inició su vigencia exactamente al mismo tiempo que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual fue celebrado por el ejecutivo federal y ratificado por el Senado de la República, mismo que conforme a lo ordenado por el artículo 133 Constitucional, al igual que todos los tratados internacionales es parte de la legislación vigente, y el Congreso de la Unión lo expidió el 2 de enero de 1992, e inició su vigencia el 1º de enero de 1994.



La influencia de este tratado en la regulación de la licitación fue por demás importante, ya que en ese entonces se adecuó la legislación interna para que cumpliendo con ella se pudiera cumplir con el Capítulo X “Compras del Sector Público”, de dicho tratado. Es importante destacar que en el TLCAN específicamente en el apartado de servicios del Sector Público se incluyen las obras públicas que realicen tanto las dependencias como las entidades del poder ejecutivo federal y también de las Entidades Federativas.

Sin duda el aspecto de más trascendencia que se modificó en los procedimientos de contratación, además de la eliminación del padrón de contratistas, fue la definición clara y expresa cuales eran éstos, ya que por vez primera la norma estableció con claridad que eran tres los procedimientos administrativos de contratación por ella regulados, la licitación pública, calificada de abierta en el tratado; la licitación por invitación restringida, calificada de selectiva, en el tratado; y la adjudicación directa en razón de la existencia de una causal específica, calificada en el tratado como licitación restringida.

Un aspecto relevante en la influencia del TLCAN, en nuestra legislación es que con motivo de él, por primera vez se estableció en las normas la clasificación de las licitaciones en públicas y privadas, en nacionales e internacionales, estableciendo reglas en cuanto a la obligatoriedad de substanciar las internacionales, dando preferencia a las primeras, es decir, a las nacionales, pero tratándose de las segundas y en igualdad de circunstancias a los licitadores nacionales y al uso de recursos de origen nacional.

Otra influencia importante fue que la fase de Presentación y Apertura de las Proposiciones se efectuara en dos etapas, para lo cual se obligó a que las propuestas fueran divididas y presentadas en dos sobres, uno contendría la propuesta técnica y el otro la económica, siendo que con anterioridad, la propuesta se presentaba en sólo un sobre que la contenía íntegra, es decir, tanto el aspecto técnico como el económico. Sin duda esta influencia resultó benéfica para el procedimiento, ya que lo transparentó e hizo más evidente la forma y términos en que eran tomadas las decisiones en esta materia, al obligar a que primero fuese declarada la solvencia técnica de las propuestas, para posteriormente la selección del cocontratante del estado se centrara en el aspecto económico de la propuesta.

Igualmente, por primera vez la ley hace una descripción más o menos clara de los términos en los que debía tramitarse o darse curso al acto de presentación y apertura de las proposiciones, lo cual sin duda también significó un beneficio, ya que reguló con claridad esta fase del procedimiento, lo que sin duda significó que la tramitación del mismo fuese más transparente.

También por primera vez se permite que la presentación de las proposiciones se efectúe a través de telex, telegrama, telefacsímil, u otros medios de comunicación electrónica, lo que dio lugar a que la LOPSRM, ya permita las ofertas presentadas por Internet. Lo que sin duda, ha implicado la modernización del procedimiento.

Debido a este cambio, también hubo una modificación en la publicación de las convocatorias, ya que el Diario Oficial de la Federación tuvo que modificar su estructura y crear una sección especial dedicada a la publicación de convocatorias, a fin de hacer más fácil la consulta del mismo en cuanto a este tipo de publicaciones mismas que se realizan los días martes y jueves de cada semana. Lo cual está previsto en el anexo 1010.1 del TLCAN y el artículo cuarto transitorio de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Es importante destacar que en el caso del TLCAN las invitaciones a los procedimientos denominados licitaciones selectivas, es decir, las licitaciones por invitación restringida, también deben ser publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el cual se tornó el medio exclusivo de difusión de estos procedimientos.

Por primera vez, se establece en la Ley y no en una norma reglamentaria, con precisión cuales son los requisitos que deben contener las bases de la licitación, con lo cual se evita la diversidad de criterios, así mismo, se instituyen algunas prohibiciones en cuanto al tipo de cláusulas que deben contener este tipo de documentos, lo cual sin duda, abonó a favor de la transparencia con que son tramitados este tipo de procedimientos.

Se instaure como obligación para el estado, que los fallos de los procedimientos licitatorios sean publicados en la sección especializada del Diario Oficial de la Federación, lo cual también fue un beneficio, pues esa publicidad de las decisiones tomadas ayuda a la creación de un ambiente de certidumbre y transparencia.

Por la influencia del TLCAN se regulan con más claridad y amplitud las inconformidades, ya que se abunda señalando que cuando ya haya precluido el derecho del participante que se sienta agraviado, la autoridad competente podía realizar una investigación para determinar la existencia o no de irregularidades en el procedimiento y emitir la resolución procedente para su saneamiento. Además, se establece la procedencia de este medio de defensa para todo acto que se considere no se apegó a la norma o bien causó algún agravio a cierta persona, siendo que con anterioridad se circunscribía a la licitación.

Para efecto de dar transparencia a los procedimientos regulados por el TLCAN, se establece que los países firmantes (Canadá, Estados Unidos y México), quedan obligados a publicar oficialmente, todas las disposiciones inherentes a las materias que trata el capítulo de compras del sector público, leyes, reglamentos, resoluciones administrativas de carácter general, (tal vez quiso decir, actos administrativos de efectos generales o reglamentos administrativos) jurisprudencias, y en general todo documento relacionado con este tipo de contratación incluyendo todo tipo de cláusulas contractuales.

Hasta la fecha nuestro país tiene celebrados y publicados un total de ocho tratados internacionales en los que se incluye un capítulo denominado "Compras del Sector Público", estos son:

- a) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual, en su Cuarta Parte, contiene el Capítulo X denominado Compras del Sector Público.
- b) El Tratado de Libre Comercio México-Bolivia, mismo que dedicó su Capítulo XIV al tema de las Compras del Sector Público.
- c) El Tratado de Libre Comercio México-Nicaragua, consagró su Capítulo XV a las Compras del Sector Público.
- d) El Tratado de Libre Comercio México-Colombia-Venezuela, abordó el tema de las Compras del Sector Público, en el Capítulo XV.
- e) El Tratado de Libre Comercio México-Costa Rica, dedicó su Capítulo XII al rubro de las Compras del Sector Público.
- f) El Tratado de Libre Comercio México-Israel, trata las Compras del Sector Público en su Capítulo VI.
- g) El Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, dedicó el Título III al tema de las Compras del Sector Público.

- h) El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, trató lo relativo a las Compras del Sector Público en su Capítulo V.

Como puede observarse, a la fecha los tratados internacionales que el país tiene celebrados en materia de libre comercio son numerosos, sin embargo, ninguno de ellos tuvo influencia en la normatividad interna como el primero, el TLCAN, así mismo, dado que en todos estos tratados se aborda el tema de manera similar y se establecen las mismas reglas en cuanto a los procedimientos de contratación, resulta casi imposible que modifiquen los aspectos normativos que influenció el primero de ellos, más al contrario, lo que ha acontecido es el perfeccionamiento del procedimiento licitatorio, con normas que como ya se analizó detallan el contenido de las bases de la licitación, la forma y términos en que ha de efectuarse el acto de presentación y apertura de las proposiciones, el contenido de las propuestas en sus aspectos técnicos y económico, así como la descripción detallada de en que han de hacerse consistir las evaluaciones cualitativas de las proposiciones, etc.

Por otra parte, es importante destacar que la aplicación de dichos tratados en el tema de las compras del sector público, opera en razón del monto de las operaciones que en cada caso se realicen, a los que se ha denominado umbrales, mismos que son actualizados año con año, para el caso de: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Nicaragua (TLC México - Nicaragua); Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel (TLC México - Israel); Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (TLC México – AELC); y Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUE), la Secretaría de la Función Pública, mediante el Oficio Circular No. SACN/ 300/006/2004, dio a conocer el valor “indizado”, esto es, indexado de los umbrales, así como su equivalencia en moneda nacional, aplicables a los Capítulos: X del TLCAN, XV del TLC México – Nicaragua, VI del TLC México – Israel, V del TLC México – AELC y Título III del TLCUE, para determinar su ámbito de aplicación durante el primer semestre de 2004, de acuerdo con lo siguiente:

TIPO DE CONTRATO Contratos de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y contratos de servicios incluidos los relacionados con obra pública	Umbrales en dólares estadounidenses	
	Para el Capítulo X del TLCAN, VI del TLC México - Israel, V del TLC México - AELC Y Título III del TLCUE	Para el Capítulo XV del TLC México - Nicaragua
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1001.1 a -1 del TLCAN, Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 1 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 1 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 1. de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III, del TLCUE)	58,550.00 (cincuenta y ocho mil quinientos cincuenta 00/100 dólares estadounidenses)	54,944.00 (cincuenta y cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro 00/100 dólares estadounidenses)
Entidades Paraestatales (Anexo 1001.1a-2 del TLCAN, Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 2 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 2 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 2, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III del TLCUE)	292,751.00 (doscientos noventa y dos mil setecientos cincuenta y un 00/100 dólares estadounidenses)	274,720.00 (doscientos setenta y cuatro mil setecientos veinte 00/100 dólares estadounidenses)
Contratos de obra pública		
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1001.1 a -1 del TLCAN, Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 1 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 1, de la Parte A del Anexo XII del TLC México AELC y Sección 1, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III, del TLCUE)	7'611,532.00 (siete millones seiscientos once mil quinientos treinta y dos 00/100 dólares estadounidenses)	7'142,717.00 (siete millones, ciento cuarenta y dos mil setecientos diecisiete 00/100 dólares estadounidenses)
Entidades Paraestatales (Anexo 1001.1a-2 del TLCAN, Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 2 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 2 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 2, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III del TLCUE)	9'368,478.00 (nueve millones trescientos sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y ocho 00/100 dólares estadounidenses)	8'791,036.00 (ocho millones setecientos noventa y un mil treinta y seis 00/100 dólares estadounidenses)
TIPO DE CONTRATO Contratos de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y contratos de servicios incluidos los relacionados con obra pública	Umbrales en moneda nacional	
	Para el Capítulo X del TLCAN, VI del TLC México - Israel, V del TLC México - AELC Y Título III del TLCUE	Para el Capítulo XV del TLC México - Nicaragua
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1001.1 a -1 del TLCAN, Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 1 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 1 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 1, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III, del TLCUE)	666,199.00 (seiscientos sesenta y seis mil ciento noventa y nueve pesos 00/100 M.N.)	625,169.00 (seiscientos veinticinco mil ciento sesenta y nueve pesos 00/100 M.N.)

Entidades Paraestatales (Anexo 1001.1a-2 del TLCAN, Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 2 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 2 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 2, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III del TLCUE)	3,331,009.00 (tres millones trescientos treinta y un mil nueve pesos 00/100 M.N.)	3.125,847.00 (tres millones ciento veinticinco mil ochocientos cuarenta y siete pesos 00/100 M.N.)
Contratos de Obra Pública		
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1001.1 a -1 del TLCAN, Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 1 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 1, de la Parte A del Anexo XII del TLC México AELC y Sección 1, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III, del TLCUE)	86,606,295.00 (ochenta y seis millones seiscientos seis mil doscientos noventa y cinco pesos 00/100 M.N.)	81,271,977.00 (ochenta y un millones doscientos setenta y un mil novecientos setenta y siete pesos 00/100 M.N.)
Entidades Paraestatales (Anexo 1001.1a-2 del TLCAN, Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC México – Nicaragua y Sección 2 del Anexo I al artículo 6-01 del TLC México – Israel, Sección 2 de la Parte A del Anexo XII del TLC México – AELC y Sección 2, de la Parte A del Anexo VI al artículo 25 del Título III del TLCUE)	106,597,353.00 (ciento seis millones quinientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y tres pesos 00/100 M.N.)	100,027,045.00 (cien millones veintisiete mil cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N.)

En el caso de los siguientes pactos internacionales: Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Costa Rica (TLC México – Costa Rica) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Bolivia (TLC México - Bolivia) Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Gobiernos de Colombia y Venezuela (TLC G-3), la misma Secretaría de Estado, emitió el Oficio Circular SACN/ 200/006/2004, correspondiente a la notificación de indización de los umbrales de dichos tratados, vigentes del 1º de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, el cual, al igual que el anterior, tuvo en consideración la opinión que al respecto emitió la Secretaría de Economía; esto con el propósito de determinar su ámbito de aplicación, de acuerdo con lo siguiente:

TIPO DE CONTRATO	Umbrales en Dólares Estadounidenses	
Contratos de Adquisiciones, Arrendamientos de Bienes Muebles y Contratos de Servicios, incluidos los Relacionados con Obra Pública	Capítulo XII del TLC México-Costa Rica y Capítulo XIV del TLC México - Bolivia	Capítulo XV del TLC G-3
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1 al artículo 12-02 del TLC México - Costa Rica, Anexo 1 al artículo 14-02 del TLC México - Bolivia y Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC G-3)	54,556.00 (cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta y seis 00/100 dólares estadounidenses)	55,332.00 (cincuenta y cinco mil trescientos treinta y dos 00/100 dólares estadounidenses)

Entidades Paraestatales (Anexo 2 al artículo 12-02 del TLC México - Costa Rica, Anexo 2 al artículo 14-02 del TLC México - Bolivia y Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC G-3)	272,780.00 (doscientos setenta y dos mil setecientos ochenta 00/100 dólares estadounidenses)	276,659.00 (doscientos setenta y seis mil seiscientos cincuenta y nueve 00/100 dólares estadounidenses)
Contratos de Obra Pública		
Dependencias de la Administración Pública Federal (Anexo 1 al artículo 12-02 del TLC México - Costa Rica, Anexo 1 al artículo 14-02 del TLC México - Bolivia y Anexo 1 al artículo 15-02 del TLC G-3)	7'092,290.00 (siete millones noventa y dos mil doscientos noventa 00/100 dólares estadounidenses)	7'193,128.00 (siete millones ciento noventa y tres mil ciento veintiocho 00/100 dólares estadounidenses)
Entidades Paraestatales (Anexo 2 al artículo 12-02 del TLC México - Costa Rica, Anexo 2 al artículo 14-02 del TLC México - Bolivia y Anexo 2 al artículo 15-02 del TLC G-3)	8'728,972.00 (ocho millones setecientos veintiocho mil novecientos setenta y dos 00/100 dólares estadounidenses)	8'853,081.00 (ocho millones ochocientos cincuenta y tres mil ochenta y un 00/100 dólares estadounidenses)

3.2.5.- LICITACIÓN PRIVADA.

Desde el punto de vista doctrinal y específicamente de la clasificación de los tipos de licitación, o como procedimiento administrativo alternativo a la licitación pública, cuando ésta última no resulta conveniente, se ha considerado que la licitación privada, es un procedimiento administrativo de contratación con un llamado a ofertar de tipo limitado, esto es, dirigido a un número determinado de personas, así lo señalan autores como Escola⁴²⁸, Dromi⁴²⁹, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁴³⁰, Fernández Ruiz⁴³¹ y López-Elías⁴³², quienes señalan que en estricto sentido ésa es la única diferencia entre ambos procedimientos, lo cual implica que es uno de los procedimientos a que hace referencia el tercer párrafo del artículo 134 constitucional, ya comentado. En nuestra legislación se ha calificado a éste procedimiento de contratación como procedimiento de invitación restringida a cuando menos tres contratistas (Ley de Adquisiciones y Obras Públicas) o procedimiento de invitación a cuando menos tres personas (LOPSRM) mismo que se hace consistir en un procedimiento cerrado, al cual sólo puede acudir y participar con previa invitación, para el mismo fin que la licitación pública, es decir, para

⁴²⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 663 a 665.

⁴²⁹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 114 a 117.

⁴³⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 338 y 339.

⁴³¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 201 a 209.

⁴³² López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 25 y 26.

seleccionar a la propuesta que ofrezca las mejores condiciones de mercado o más ventajosa para el estado, en un contrato administrativo que pretende celebrar.

Como ya se indicó, este procedimiento es alternativo a la licitación pública, ya que ésta es la regla general para la contratación pública, por tanto, los órganos estatales sólo pueden procurar este procedimiento cuando la norma así lo determine, ahora bien, la invitación a participar en este tipo de procedimiento licitatorio, debe cursarse a personas que reconocidamente cuenten con capacidad y experiencia, lo cual implica que deben tener prestigio logrado basado en trabajo constante con cumplimiento de los compromisos contractuales, para que sean consideradas como las más capaces para cumplir con la realización de obras públicas o la prestación de servicios, sin embargo, en la práctica acontece, que los servidores públicos utilizan este tipo de procedimiento para otorgar contratos a un grupo selecto de personas afines a ellos, que si bien algunos tienen experiencia en los trabajos que realizan, otros la adquieren de ese modo.

Dada su afinidad con la licitación pública, por lo general las normas jurídicas no la regulan tan detalladamente, sino que se limitan a hacer el señalamiento de que le son aplicables las mismas normas de la primera en lo que no se opongan a la naturaleza de ésta y lo que expresamente se determine para su tramitación en la norma que la prevea. Consecuentemente, a este procedimiento le son aplicables los mismos principios jurídicos como el de publicidad, concurrencia y competencia, e igualdad, al igual que normas y procedimientos ya explicados.

En cuanto a la regulación específica de este procedimiento de contratación, es decir, de la licitación privada, ella está prevista, bajo la nomenclatura de "invitación a cuando menos tres personas" en los artículos 27, fracción II, 41, 42, 43 y 44 de la LOPSRM, en dichos preceptos, se establece la existencia del procedimiento, y los casos en que los entes estatales pueden optar por él, que en estricto sentido son dos, atendiendo al monto del contrato a celebrar, de conformidad con los montos mínimos y máximos que cada año se establecen en el Presupuesto de Egresos de la Federación y el otro supuesto es el relativo a la existencia de una causal específica, las cuales están normadas en forma limitativa. La norma determina que en tal supuesto la decisión que se adopte debe hacerse por el servidor público responsable de la ejecución de los trabajos, quien la debe hacer constar por escrito firmándola, fundándola y motivándola, según las circunstancias

que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el estado. La norma exige que en tal supuesto el órgano estatal licitante, está obligado a invitar exclusivamente a las personas que cuenten con capacidad de respuesta inmediata, además de los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios, de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos a ejecutar.

Para efecto de establecer un control riguroso sobre estas decisiones, especialmente las que se fundan en la existencia de causales específicas, la norma obliga al titular del área responsable de la contratación de los trabajos, en cada órgano estatal, a emitir, a posteriori, un informe mensual de los contratos celebrados bajo los procedimientos tanto de licitaciones privadas como de adjudicaciones directas, el cual es obligatorio entregar al órgano interno de control, anexando en cada caso, un dictamen en el que debe hacerse constar el análisis de la o las propuestas y las razones que se tuvieron para realizar la adjudicación del contrato, con excepción de los contratos cuyos objetos versen sobre fines exclusivamente militares o para la armada, sean necesarios para garantizar la seguridad interior de la nación o comprometan información de naturaleza confidencial para el gobierno federal. En este punto es importante destacar que esas causales específicas no autorizan a la adjudicación directa de los contratos en forma automática, sino que, dependiendo de los hechos que la sustenten en cada caso, el ente estatal debe optar entre ambas opciones justificando su decisión.

Por lo que hace dichas causales, la norma determina que es responsabilidad de cada órgano estatal determinar que una contratación se efectúe bajo esos supuestos, para la ejecución de obras públicas o servicios relacionados con las mismas, y las hace consistir en: la existencia de derechos exclusivos del cocontratante; el caso fortuito o la fuerza mayor; circunstancias que puedan provocar pérdidas o mayores costos; la información que comprometa la seguridad nacional; la rescisión del contrato previo; se hayan tramitado dos licitaciones que resultaron frustradas; no se pueda precisar el alcance de los trabajos; se requiera de mano de obra marginada, ya sea campesina o urbana; se trate de servicios relacionados con la obra pública, que deban contratarse con personas físicas que los presten directamente; se trate de una dación en pago por adeudos con la federación.

En cuanto a reglas especiales para la substanciación de este procedimiento, la norma jurídica establece que la licitación privada o de invitación a cuando menos tres personas debe sujetarse a reglas tales como: que el acto presentación y apertura de las proposiciones se celebre en junta pública o sin la presencia de los licitadores, pero invariablemente ante un representante del órgano interno de control, el cual invariablemente ha de ser invitado; que es requisito *sine qua non* que para tramitar esta licitación hasta su terminación, contar con un mínimo de tres propuestas susceptibles de ser analizadas técnicamente, lo cual obliga a que las invitaciones cursadas sean más de tres; determinar discrecionalmente los aspectos que han de incluirse en las bases de la licitación, de acuerdo a las características, complejidad y magnitud de los trabajos motivo de la licitación; fijar discrecionalmente los plazos para la presentación de las proposiciones, atendiendo a tipo de obra o servicio a contratar; señalar si el procedimiento es de carácter nacional o internacional; y que en todo lo que no se opongan le son aplicables las demás disposiciones de la LOPSRM , consecuentemente de la licitación pública.

3.2.6.- LICITACIÓN RESTRINGIDA.

Como ya se mencionó, la anterior legislación hacia referencia a la licitación restringida, sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, la calificación es incorrecta, ya que en estricto sentido, ésta es identificada como aquella en la cual sólo pueden intervenir las personas, que tengan características o, condiciones determinadas previamente la convocante, las cuales en estricto sentido se refieren a la capacidad ya sea financiera, o técnica de dichas personas.

Al respecto el criterio de la doctrina resulta coincidente, entre los autores que tratan el tema como Escola⁴³³, y Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁴³⁴. Por tanto, puede afirmarse que es sobre la base de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, y en el llamado a ofertar, como cada ente convocante, determina la idoneidad técnica o financiera de las personas que tiene interés en que respondan y participen en un procedimiento licitatorio, las cuales reúnen condiciones adicionales a las que generalmente son requeridas por las normas para participar en las licitaciones.

⁴³³ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 665 y 666.

⁴³⁴ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 339 y 340.

Desde un punto de vista práctico, puede afirmarse que la mayoría de las licitaciones publicas a que convoca el estado, son de éste tipo, es decir, las convocatorias y las bases de la licitación, contienen condiciones especiales, que sólo ciertos grupos de constructores o de prestadores de servicios pueden cumplir, para ello, generalmente se solicita la acreditación de haber celebrado cuando menos tres contratos similares en los últimos tres años y con ello se evita que empresas recién creadas, tengan la oportunidad de participar, aun cuando sus integrantes gocen de gran prestigio profesional y tengan basta experiencia, lo cual no resulta ser otra cosa que una cara más de la corrupción, pues dichas personas tienen estrechas relaciones con los servidores públicos.

3.2.7.- CONTRATACIÓN DIRECTA.

Como ya fue anticipado, uno de los procedimientos de contratación que son una excepción a la licitación pública, cuya existencia está prevista por el tercer párrafo del artículo 134 constitucional, lo es la contratación directa, la cual consiste en que el estado elige en forma directa y con cierta discrecionalidad a una persona, para que se constituya en su cocontratante, sin que para ello, dicha persona tenga que competir con otra.

En la doctrina se ha discutido respecto de si este procedimiento es la reglamentación del sistema libre de selección del cocontratante del estado o bien, se trata de un sistema restrictivo, que no debe confundirse con el primero, toda vez que en estricto sentido la contratación o adjudicación directa, como la califica nuestra legislación, sólo es aplicable en los casos taxativamente previstos en las normas, lo cual hace que constituya un procedimiento restrictivo, de excepción al procedimiento licitatorio, ya que como he mencionado, en estricto sentido, aplicando el principio de legalidad, el sistema de libre selección no existe, aún cuando la mayoría de los autores se pronuncian en sentido opuesto a mi opinión.

Al igual que en el caso de la licitación privada, las personas que participen en éste procedimiento, deben reunir las condiciones de idoneidad adecuadas, como lo son la capacidad técnica y financiera de la persona al igual que la experiencia, por tanto, la norma no faculta a los entes estatales a que designen a las personas con absoluta discrecionalidad, y exigen que se trate de personas que sean idóneas, y en éste concepto ha de entenderse que tampoco pueden estar en alguno de los supuestos normativos de prohibición para ofertar o contratar, ya que en tal caso se incumplirá con la norma, lo cual

trate, debe autorizar de manera indelegable un porcentaje mayor, lo cual debe hacer del conocimiento del órgano de control interno

3.2.8.- LA SUBASTA PÚBLICA.

Este procedimiento administrativo de contratación, en estricto sentido no es aplicable a la contratación de la obra pública, sin embargo, lo he incluido como punto a tratar en este capítulo, debido a que hasta antes de la reforma constitucional de 1982, al artículo 134, la Carta Magna mencionaba que las contrataciones de obra pública debían realizarse bajo dicho procedimiento. Sin embargo, como pudo apreciarse en el capítulo segundo de éste trabajo, en estricto sentido nuestra legislación, aunque con imprecisión jurídica, ha usado frecuentemente como sinónimos los conceptos de subasta, concurso y licitación, e incluso la actual LOPSRM, lo sigue haciendo respecto de los dos últimos conceptos, pero en estricto sentido nunca a normado a la subasta pública como procedimiento para la contratación de obras públicas.

En general la doctrina es concordante al señalar que subasta o remate son sinónimos jurídicamente hablando, respecto de la primera acepción se ha dicho que deriva del latín "sub hasta" que significa "bajo la lanza", forma en la que en Roma se llevaban a cabo las ventas públicas del botín del enemigo. Asimismo, el remate consiste en la venta de bienes al público al mejor postor, los postores acuden a un llamado, pero no existe procedimiento de selección, la puja es la que determina al postor más conveniente.

Históricamente la subasta se ha tramitado bajo métodos conocidos como la vela virgen, la oferta secreta y el pregonero público, lo cual debe hacerse del conocimiento de los participantes en la convocatoria o al inicio del procedimiento y en la actualidad todavía son usados dependiendo del tipo de bien que se pretenda vender al público y su desarrollo y uso es común en el Derecho Mercantil y Civil, pero no es ajeno en el derecho administrativo. Con este criterio coinciden tratadistas como Escola⁴⁴¹, Dromi⁴⁴², Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁴⁴³ y López-Elías⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 667 y 668.

⁴⁴² Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 121 y 122.

⁴⁴³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Pág. 341.

⁴⁴⁴ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 27 y 28.

Es importante destacar que no en todos los países el vocablo subasta tiene la misma acepción, específicamente en España al procedimiento licitatorio se le denomina subasta, y también se usa el calificativo concurso-subasta, la diferencia entre uno y otro, estriba en la forma y términos en que es llevado a cabo el acto de presentación y apertura de las proposiciones, esto es, en etapa única o en dos o más, siendo la o las primeras de carácter técnico y la segunda del aspecto económico, esto es, el termino subasta coincide con la concepción de licitación que en México se tuvo hasta la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1980, y el de concurso-subasta, con la licitación tal como está normada a partir de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en cuanto al uso del vocablo, tal vez ello se deba al significado literal de la palabra, de ello dan cuenta tratadistas como Parada⁴⁴⁵, Garrido Falla⁴⁴⁶, García de Enterría y Fernández⁴⁴⁷ y Cosculluela Montaner⁴⁴⁸.

Desde el punto de vista normativo, la subasta es un procedimiento de tipo restrictivo de selección del cocontratante del estado que se utiliza para adjudicar al mejor postor bienes muebles o inmuebles, es decir, consiste en la venta de bienes en público, con ilimitada concurrencia y al mejor postor, cuya finalidad consiste en exclusivamente obtener el mejor precio posible en la venta de los bienes, como en el caso de los bienes inmuebles del dominio privado de la federación o de bienes decomisados administrativamente, tal como esta previsto en las Leyes General de Bienes Nacionales, y Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, esta última distingue entre subasta y remate, la diferencia entrambos procedimientos, es que en el primero, por lo general existe puja a la alza del precio y en el remate, ante la falta de posturas legales en las almonedas (juntas publicas previamente convocadas) el precio fijado siempre es menor que el de mercado y es bajado hasta obtener una postura legal. También son usados estos procedimientos, cuando la finalidad es hacer efectivo el importe de créditos fiscales a cargo de los particulares propietarios de los bienes subastados o rematados, previamente embargados para garantizar los créditos y posteriormente puestos a remate para pagar dichos créditos.

⁴⁴⁵ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 314 a 318.

⁴⁴⁶ Garrido, Falla, Fernando, Op. Cit. Págs. 68 a 70.

⁴⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 696 a 700.

⁴⁴⁸ Cosculluela Montaner, Luis, Op. Cit. Pág. 346.

3.2.8.- EL CONCURSO.

Ya he afirmado que en nuestra legislación se han usado las palabras concurso y licitación como sinónimos incluso actualmente así lo hacen las Leyes de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas y de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, especialmente del derecho administrativo existe diferencia entrambos conceptos, pero también grandes similitudes. Los dos son procedimientos administrativos cuya finalidad es seleccionar a la persona que será su cocontratante, en el caso de la licitación esa decisión será a favor de quien cumpliendo con el requisito de idoneidad, además presente la propuesta solvente más baja, es decir, la más ventajosa y conveniente en donde esa conveniencia y ventaja en muchos casos está determinada por el aspecto económico, en el concurso en cambio, el criterio que prevalece es el de la capacidad de la persona con quien se pretende contratar y el aspecto económico resulta ser de carácter secundario, y es utilizado preferentemente para la contratación de asesorías y consultorías en las que lo importante es la capacitación técnica, científica, cultural o artística y la experiencia de las personas que se requiere presten el servicio requerido por el Estado.

En ese sentido se expresan autores como Dromi⁴⁴⁹, Escola⁴⁵⁰, Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa⁴⁵¹ y López-Elías⁴⁵², quienes también están de acuerdo que, en general, a este procedimiento le son aplicables los principios jurídicos fundamentales que rigen a la licitación, en razón de que al igual que en ella debe existir una partida presupuestal que autorice la erogación para cubrir los servicios requeridos, así mismo, debe formularse el pliego de requisitos o bases del concurso, se hace un llamado público o privado para presentar propuestas, los interesados concurren para participar en un ambiente competencia, en donde regirán los principios de publicidad, igualdad y concurrencia o competencia.

Para efecto de que la decisión tomada por el órgano estatal de que se trate, sea en estricto apego al principio de legalidad, lo cual implica la libre concurrencia de los oferentes que cuenten con la capacidad requerida, los actos del procedimiento deben

⁴⁴⁹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 122 a 124.

⁴⁵⁰ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 668 y 669.

⁴⁵¹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 342 y 343.

⁴⁵² López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Pág. 29.

hacerse públicos desde el llamado hasta la adjudicación del contrato, todo ello bajo condiciones tales que exista igualdad de oportunidad para todos los participantes, sin que pueda existir acto o condición alguna que favorezca a uno de ellos. Es bajo dicha mecánica que el concurso como procedimiento administrativo especial cumple con su finalidad, el seleccionar a la persona que será el cocontratante del estado para la realización de la investigación científica, realización, conservación y mantenimiento de una obra de arte, o artística, y específicamente en materia de obra pública, para que formule un proyecto ejecutivo, o realice alguna consultoría o asesoría que coadyuve a determinar la conveniencia de la realización de una obra pública.

Como ya se adelantó, el RLOPSRM, en sus artículos 208, 209 y 210, prevé un mecanismo de puntos y porcentajes para la calificación de las propuestas en lo que llama licitaciones que tengan por objeto la contratación de servicios relacionados con la obra pública, bajo la condición de que ello sea hecho del conocimiento de los interesados desde el llamado a concurso y en el pliego de requisitos, esto es, otorga a los entes convocantes, la facultad discrecional de contratar los servicios relacionados con la obra pública, bajo el procedimiento de concurso y no de licitación, así mismo es imperativo al obligarlos a que en el caso de asesorías y consultorías, la contratación siempre ha de realizarse por concurso y no por licitación pública o privada. El citado mecanismo de puntos y porcentajes, ya descrito al tratar lo atinente a la licitación pública, en estricto sentido tiene como finalidad, dar mayor peso específico a la capacidad de los participantes que al monto de sus propuestas, es por ello, que en estricto sentido, bajo ese esquema se regula al concurso para la contratación de los servicios relacionados con la obra pública.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

4.1.- CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA.

No todos los tratadistas han hecho la distinción conceptual entre los vocablos compuestos de obra pública y contrato de obra pública, la gran mayoría se enfocan en conceptualizar al segundo sin hacer referencia al primero. En el caso de Fernández Ruiz⁴⁵³, éste hace un análisis específico de lo que ha de entenderse por el vocablo compuesto de obra pública, respecto del primero, señala, como lo hacen todos los diccionarios su amplia acepción, en ellos se le cataloga como un sustantivo femenino que quiere decir cosa hecha o producida por un agente, también cualquier producción del entendimiento en ciencias, letras o artes, y con particularidad la que es de alguna relevancia, edificio en construcción, lugar donde se está construyendo algo, o arreglando el pavimento, etc.

Respecto de esto último, es decir, de la obra en el sentido constructivo o de una edificación, señala que la construcción, instalación, reparación, reconstrucción, mantenimiento, conservación, modificación, y demolición de inmuebles, son actividades que pueden ser desarrolladas por entes públicos o privados; especificando que para efectos legales se suelen considerar obras públicas las que son destinadas al uso y aprovechamiento generales, o las edificaciones destinadas al desempeño de las actividades de los entes públicos.

Como puede apreciarse en dicha descripción únicamente se hace referencia a bienes inmuebles, sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo con ello, ya que en especial algunos autores argentinos consideran que también los bienes muebles han de incluirse en el concepto de obra pública, así, por ejemplo, lo señala Gordillo⁴⁵⁴, pero otros autores van más allá, tal es el caso de Dromi⁴⁵⁵, quien indica que dicho concepto puede ser analizado desde los puntos de vista objetivo, subjetivo y finalista, afirmando que desde el primero de ellos, quedan comprendidos dentro del concepto de obra pública, todos los

⁴⁵³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 217 y 218.

⁴⁵⁴ Gordillo, Agustín, Obra Pública y Contrato de Obra Pública, en Contratos Administrativos, obra colectiva, Tomo I, 1º Ed., Reimpresión, Argentina, Astrea, 1988. Págs. 45 y 46.

⁴⁵⁵ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 340.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales, al referirse a estos últimos destaca que ello obedece a que existe obra pública por accesoriedad, e indica que por fuerza atractiva se consideran obra pública a los actos y operaciones relacionados con dicha obra pública, lo cual se explica por el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Este concepto es coincidente con el expresado por Marienhoff⁴⁵⁶.

Concerniente al punto de vista subjetivo, el autor de mérito señala que, ello es considerando al sujeto a quien pertenece la obra pública y que en ese sentido existe obra pública pueden serlo las personas públicas estatales y no estatales, considerando a estas últimas como aquellas que tienen delegadas atribuciones o competencias públicas, por expreso mandato estatal. Por último considera que desde un punto de vista finalista, es obra pública "...todo bien destinado a la satisfacción del interés colectivo o general, por lo que propone como concepto de obra pública un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenecen a una entidad pública, estatal o no estatal, y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general."

Por su parte, Fiorini⁴⁵⁷, señala que "La unidad jurídica 'obra pública' puede referirse a cosas que la ciencia del derecho denomina muebles o inmuebles..." Bezzi⁴⁵⁸, en su obra dedicada al tema señala que "Obras públicas son aquellas realizadas por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público –dominio público– o incorporación al dominio privado del Estado." Esto es, omite referirse a si éstas se realizan en bienes inmuebles o muebles, aunque posteriormente hace referencia a ello al exponer las ideas de otros tratadistas señalando al respecto que la postura relativa a que éstas puedan referirse tanto a bienes muebles o inmuebles y objetos inmateriales señala que se trata de un concepto extensivo, sustentado además de los autores señalados por Bielsa, quien critica la postura francesa en el sentido de que únicamente puede referirse a bienes inmuebles, señalando que algunas sobre bienes muebles pueden ser más importantes e incluso también su grado de utilidad pública puede llegar a ser mayor que el de las obras públicas construidas sobre bienes inmuebles, lo cual en estricto sentido me parece irrelevante, desde el punto de vista jurídico.

⁴⁵⁶ Marienhoff, Miguel S. Op. Cit. Pág. 506.

⁴⁵⁷ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Pág. 621.

⁴⁵⁸ Bezzi, Osvaldo Máximo, El Contrato de Obra Pública, 2ª Ed, Argentina, Abeledo-Perrot, 1982. Pág. 11.

Escola⁴⁵⁹, siguiendo la postura del concepto extensivo, señala que por obra pública debe entenderse "...todo bien inmueble o mueble, u objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo publico, realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener, en forma directa e inmediata, el logro o la satisfacción de un interés público.

En nuestro país, Acosta Romero⁴⁶⁰ expresa que "En un sentido amplio será toda construcción integral o reparación realizada sea por contratistas o directamente por la Administración Pública, sobre cosas inmuebles o muebles directamente afectadas al dominio público.", Es decir, esta de acuerdo con el concepto extensivo de obra pública, no así Serra Rojas⁴⁶¹, quien al expresar que "La obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o cualquier finalidad de beneficio general." Se adhiere a la postura francesa del concepto de obra pública.

Ahora bien, por lo que hace a lo precisado por la norma jurídica, debe tenerse presente, que la LOPSRM, en el primer párrafo de su artículo 1º establece:

"ARTÍCULO 1.- La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;
- III. La Procuraduría General de la República;
- IV. Los organismos descentralizados;
- V. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una entidad paraestatal, y
- VI. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal."

Esto es, la norma determina que su objeto consiste en regular el proceso administrativo público que realice todo el gobierno federal, en su concepto amplio y restringido, establecido por el artículo 90 constitucional, incluyendo tanto al llamado central como al

⁴⁵⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 761 y 762.

⁴⁶⁰ Acosta Romero, Op. Cit. Pág. 638.

⁴⁶¹ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 662.

paraestatal, e incluso la administración local o municipal cuando las obras públicas que ejecuten con cargo a fondos federales, en materia de obra pública y de los servicios relacionados con ella, pero eso no es todo el segundo párrafo del citado precepto legal establece que:

“Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que los rigen, sujetándose a sus propios órganos de control.”

Lo cual amplía el ámbito de aplicación de la norma, a los organismos constitucionales autónomos, en la forma y términos que fue analizado en el segundo capítulo de este trabajo, la propia norma más adelante, en su artículo 3º, define lo que debe considerarse como obra pública al señalar:

“ARTÍCULO 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

- I. El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;
- II. Los trabajos de exploración, geotecnia, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina;
- III. Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;
- IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;
- V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;
- VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria;
- VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista, o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten, y
- VIII. Todos aquellos de naturaleza análoga.”

Lo anterior no implica que en el derecho positivo mexicano, se haya adoptado el concepto extensivo de obra pública, pero limitado en algunos aspectos, pues de lo determinado en las VIII fracciones del numeral en comento, puede concluirse que en México, se considera obra pública a los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, de manera preponderante, pero también los que se ejecuten sobre los bienes muebles, incorporados o adheridos a un inmueble, o cuando ello así se tenga previsto que ocurra, cuando ello implique una modificación al propio inmueble. Esto es, inmuebles desde el punto de vista jurídico, conforme a lo previsto por el artículo 70 del Código Civil Federal, por lo que se excluyen de dicho concepto los bienes muebles por naturaleza, el concepto también incluye los objetos inmateriales, pero les da el tratamiento de servicios relacionados con la obra pública, más en concordancia con la concepción francesa y española, ello se desprende de lo previsto por el artículo 4 de la LOPSRM, de la norma en cita, el cual especifica lo que ha de entenderse como servicios relacionados con la obra pública, esto es, la llamada obra pública por accesoriedad por Marienhoff, Dromi y Fiorini, entre otros.

“ARTÍCULO 4.- Para los efectos de esta Ley, se consideran como servicios relacionados con las obras públicas, los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regula esta Ley; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones. Asimismo, quedan comprendidos dentro de los servicios relacionados con las obras públicas los siguientes conceptos:

- I. La planeación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de ingeniería básica, estructural, de instalaciones, de infraestructura, industrial, electromecánica y de cualquier otra especialidad de la ingeniería que se requiera para integrar un proyecto ejecutivo de obra pública;
- II. La planeación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto urbano, arquitectónico, de diseño gráfico o artístico y de cualquier otra especialidad del diseño, la arquitectura y el urbanismo, que se requiera para integrar un proyecto ejecutivo de obra pública;
- III. Los estudios técnicos de agrología y desarrollo pecuario, hidrología, mecánica de suelos, sismología, topografía, geología, geodesia, geotecnia, geofísica, geotermia, oceanografía, meteorología, aerofotogrametría, ambientales, ecológicos y de ingeniería de tránsito;

- IV. Los estudios económicos y de planeación de preinversión, factibilidad técnico económica, ecológica o social, de evaluación, adaptación, tenencia de la tierra, financieros, de desarrollo y restitución de la eficiencia de las instalaciones;
- V. Los trabajos de coordinación, supervisión y control de obra; de laboratorio de análisis y control de calidad; de laboratorio de geotecnia, de resistencia de materiales y radiografías industriales; de preparación de especificaciones de construcción, presupuestación o la elaboración de cualquier otro documento o trabajo para la adjudicación del contrato de obra correspondiente;
- VI. Los trabajos de organización, informática, comunicaciones, cibernética y sistemas aplicados a las materias que regula esta Ley;
- VII. Los dictámenes, peritajes, avalúos y auditorías técnico normativas, y estudios aplicables a las materias que regula esta Ley;
- VIII. Los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir, sustituir o incrementar la eficiencia de las instalaciones en un bien inmueble;
- IX. Los estudios de apoyo tecnológico, incluyendo los de desarrollo y transferencia de tecnología entre otros, y
- X. Todos aquéllos de naturaleza análoga.”

Dicho de otro modo la norma prevé un concepto de obra pública y otro para los llamados servicios relacionados con la obra pública, pero que definitivamente excluye a los bienes muebles por naturaleza, con lo cual resulta ser que dicho concepto se acerca más al postulado por los franceses y españoles (Ley de los Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995), ubicando a la llamada obra pública por accesoriedad, por los argentinos, como servicios, los españoles la consideran dentro de los contratos de consultoría y asistencia de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la administración, que para nosotros son todos los denominados servicios relacionados con la obra pública, ya que la norma, en estricto sentido, tiene por objeto regular la obra pública y los servicios relacionados con ésta que realicen el poder ejecutivo federal y también los organismos constitucionales autónomos.

Un último aspecto sobre éste tema, es que en el Glosario de Términos más usuales de la Administración Pública Federal, que puede localizarse en la página Web de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, www.shcp.gob.mx, se contienen los siguientes términos:

“OBRA.- Categoría programática que significa una parte o etapa en la construcción o ampliación de la infraestructura física, productiva o social del Gobierno Federal que integra un proyecto de inversión.”

“OBRA PÚBLICA.- La obra pública es todo trabajo que tenga como objeto la creación, construcción, conservación o modificación de los bienes inmuebles o de capital del gobierno.”

“OBRAS PÚBLICAS.- Capítulo (6000) del Clasificador por Objeto del Gasto que agrupa las asignaciones destinadas a la creación de la infraestructura física mediante la realización de obras públicas que contribuyan a la formación de capital del país. Incluye todo tipo de adquisiciones necesarias para la construcción, instalación, ampliación, rehabilitación, servicios relacionados con la obra pública, etc., así como las asignaciones para realizar estudios de preinversión.”

Por supuesto estoy de acuerdo con los conceptos de obra, obra pública y obras públicas, especialmente el primero y segundo resultan ser muy apegados a lo que debería contener la normatividad vigente y que de forma muy desglosada expone la LOPSRM, como ya quedó expuesto. Por lo que hace al tercer concepto, resulta ser la visión programático-presupuestal de la obra pública o dicho de otro modo la descripción presupuestal de los recursos que son dedicados o destinados a la ejecución de las obras públicas.

4.2.- CLASIFICACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.

La obra pública puede ser clasificada desde muy diversos puntos de vista, por lo que dependiendo del que sea seleccionado podrá ser la calificación que se le otorgue. Son pocos los autores que se ocupan del tema, como lo hace Fernández Ruiz⁴⁶², quien propone criterios de clasificación atendiendo a las fases de realización, su finalidad, en atención al órgano a quien compete su contratación y ejecución, el ámbito de competencia del ente contratante, por la naturaleza de los trabajos a realizar, por su carácter y algunos otros aspectos.

Teniendo como guía esta clasificación, a continuación presento una que en algunos aspectos se individualiza en razón de las diferencias conceptuales con que ha sido realizada, sin embargo, también resulta oportuno aclarar que en estricto sentido puede haber tantas clasificaciones de la obra pública como puntos de vista desde los cuales sea analizada, como por ejemplo desde el punto de vista de su desarrollo las obras públicas podrían ser lineales o verticales, pero también subterráneas o submarinas, marítimas y terrestres, etc.

⁴⁶² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 220 a 225.

Por las fases de su realización la obra pública puede ser calificada en tantas fases como tiene el proceso administrativo público, esto es, obra pública en planeación, en programación, en presupuestación, en contratación, en ejecución o proceso, en control, en gasto y terminadas, por supuesto cada una de dichas fases puede ser analizada, tomando como referencia las actividades que han de desarrollarse en cada una de esas etapas del proceso administrativo público.

Por la naturaleza constructiva de los trabajos que se realicen, las obras públicas también pueden clasificarse en originales y derivas, serán originales las que tengan por objeto la creación de las mismas, la edificación de un nuevo inmueble, como puede serlo una presa, una termoeléctrica, un edificio de oficinas, una carretera, etc., y serán derivadas las que tengan por objeto la reconstrucción, reparación, remodelación, conservación y mantenimiento de las ya existentes, esto es las acciones constructivas que tengan por objeto restituir a su estado original alguna obra, o bien las acciones cuya finalidad sea modificar una obra ya existente para ampliar, mejorar o modificar sus condiciones de uso o explotación.

Atendiendo a los fines teleológicos del Estado, las obras pueden clasificarse de conformidad con la actividad gubernamental a que sean destinadas, independientemente del órgano de que se trate. Desde este punto de vista las obras se clasifican en las destinadas al ejercicio de la función pública, es decir, al ejercicio de las funciones esenciales del Estado, a servir de infraestructura de los servicios públicos, y las destinadas a la gestión o la infraestructura económica. Respecto de estas últimas debe tenerse presente lo expresado por Escola⁴⁶³, con respecto al interés público en el sentido de que "Cuando la actividad de la administración no está encaminada a la satisfacción de finalidades de interés público, en las que cada individuo pueda escindir su propio interés personal y directo, actual o potencial, cuando invoca supuestas exigencias comunitarias o de la colectividad en las que el interés de cada uno de sus componentes no se refleja, esa actividad no es admisible, no está legitimada, no es conveniente, apareciendo como injustificados sus poderes y potestades y su posibilidad de imponer a los individuos restricciones y limitaciones en el ejercicio de sus derechos e intereses..."

⁴⁶³ Escola, Héctor Jorge, El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 45.

Desde el punto de vista de la competencia, es decir, del órgano estatal facultado para ejecutar la obra pública, en mi opinión la obra pública puede clasificarse en tantos poderes como tiene el Estado, así ésta puede ser ejecutiva, legislativa, judicial y de organismos constitucionales autónomos, en la medida en que todos y cada uno de éstos ejerzan la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo. Así mismo sobra decir que dicha competencia debe estar expresada en normas jurídicas. En el caso especial de la obra pública ejecutiva, esta a su vez se divide en central y paraestatal, la primera esta prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y en los reglamentos interiores de las secretarías de estado y demás órganos de la administración pública centralizada; la competencia de la administración pública paraestatal está prevista en las leyes, decretos y actas constitutivas en las que consta la creación de las diversas entidades paraestatales. Igualmente, desde el punto de vista del ámbito gubernamental en que sea ejecutada la obra pública, esta puede clasificarse en federal, local provincial o estatal y municipal.

4.3.- LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.

Por gestión ha de entenderse la acción o efecto de realizar los trámites o diligencias necesarias para lograr un propósito, en el caso que nos ocupa se trata de analizar las formas o procedimientos a través de los cuales la obra pública puede ser realizada. La legislación tanto nacional como local, específicamente la LOPSRM, en su artículo 26, establece únicamente dos formas de gestión por contrato y por administración directa, sin embargo, la doctrina reconoce otras formas de gestión de la obra pública, pero en general la mayoría de los entes estatales que ejecutan obra pública, preponderantemente lo hacen a través de la figura del contrato, misma que también varios tipos o modalidades.

En este punto resulta importante destacar como ya lo hicimos que la ejecución de la obra pública compete a todos los órganos estatales que ejerzan la función administrativa, comprendida esta desde el punto de vista material u objetivo, por lo que resulta falsa la apreciación de que, por decirlo así, el poder ejecutivo tiene un monopolio de la ejecución de la obra pública, ya que como fue analizado en el segundo capítulo de este trabajo, todos los entes estatales, independientemente del poder al que pertenezcan ejercen la función administrativa en los términos señalados y por tanto, realizan y celebran actos y contratos administrativos, lo cual debería dar lugar a que existiera una regulación única de

la función administrativa desde el punto material u objetivo, permitiendo que individualice para cada órgano del Estado, de modo tal que no resulte contradictoria con las normas que la regulan y un buen ejemplo de ello es el Banco de México.

4.3.1.- LA OBRA PÚBLICA MEDIANTE CONTRATO.

Como ya lo señalamos en el capítulo tercero de este trabajo, los contratos administrativos han tenido una evolución importante, al principio fueron los contratos de concesión de obra pública y los de servicios públicos los que resultaron de preponderante celebración, sin embargo, con el tiempo los segundos cayeron casi en desuso y fue el contrato de obra pública el de más frecuente celebración. Respecto al análisis de la evolución que ha tenido la norma jurídica que lo regula en nuestro país, está dedicado el segundo capítulo de este trabajo y todo éste está consagrado a su estudio. Sin embargo, en este espacio no sobra señalar que en el citado Glosario de Términos más usuales de la Administración Pública Federal, ya citado, se designan los recursos presupuestarios destinados a la ejecución de obra pública mediante esta forma de gestión como:

“OBRAS PÚBLICAS POR CONTRATO.- Presupuestariamente son las asignaciones destinadas a cubrir el pago de obras públicas que la Administración Pública Federal, contrate con personas físicas o morales. Estas pueden ser: construcciones, reconstrucciones, adaptaciones, mejoras, servicios y estudios relacionados con las mismas.”

Por lo que ha de concluirse que desde el punto de vista presupuestal el concepto de las asignaciones presupuestarias destinadas a la ejecución de las obras públicas por contrato, tiene dos acepciones una estricta que involucra exclusivamente a la obra pública como ya quedó definida líneas arriba y otra en sentido amplio que involucra a los servicios relacionados con la obra pública, es decir, a la obra pública por accesoriedad a la que ya nos referimos antes.

4.3.2.- LA OBRA PÚBLICA POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA.

La obra por administración directa es aquella que es realizada por el Estado directamente, requiriendo para ello contar con recursos propios, tanto desde el punto de vista humano como material, especialmente en lo referente a la maquinaria y equipo de construcción. Como un aspecto histórico a destacar en este punto, ha de señalarse que en los primeros

años de la industria estatal en México, las obras públicas fueron desarrolladas bajo este procedimiento, en empresas tan importantes como la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos, S.A., sin embargo, dado que ello implicaba un gran gasto corriente, ya que el personal dedicado a la construcción era asimilado a dichas paraestatales, con el tiempo se vio la conveniencia de ejecutar las obras públicas por contrato.

Como ya quedo indicado, la LOPSRM, regula esta forma de gestión de la obra pública, y establece los lineamientos generales para su realización en los artículos 26, 70 a 73 siendo éstos últimos los que conforman el capítulo único del título quinto de la ley, denominado "De la Administración Directa", así como en los artículos 6 fracción VIII, 11, 211, 212, 213, 214, 215, y 216, del RLOPSRM.

En dichos dispositivos legales se establece que una vez que se cuente con la autorización presupuestal correspondiente, los entes estatales a quienes está dirigida la norma podrán realizar trabajos por administración directa, siempre y cuando cumplan con la condición de poseer la capacidad técnica y los elementos necesarios para tal efecto, consistentes en maquinaria y equipo de construcción y personal técnico, según el caso, esto es, dependiendo de la complejidad técnica que se requiera para la ejecución de la obra de que se trate, así mismo la norma permite complementar dichos recursos mediante la contratación de: Mano de la obra local que se requiera, misma que deberá ser contratada bajo la modalidad de obra determinada; el alquiler o arrendamiento del equipo y maquinaria de construcción; la utilización preponderante de los materiales de la región; y el alquiler o arrendamiento de los servicios de fletes y acarreos.

La norma establece la prohibición de que en la ejecución de los trabajos por administración directa, bajo ninguna circunstancia podrán participar terceros como contratistas, sean cuales fueren las condiciones particulares, naturaleza jurídica o modalidades que éstos adopten. Ello obedece a que en el pasado los sindicatos en las negociaciones de sus contratos colectivos de trabajo llegaron a establecer como una conquista laboral el derecho a ejecutar mediante contrato un porcentaje determinado de las obras públicas por administración directa, lo cual fue motivo de múltiples actos de corrupción, que sólo implicaron el enriquecimiento desmesurado de los líderes sindicales.

1.1

En otros países como España la norma permite la intervención de contratistas en este tipo de obras, de ello dan cuenta autores como Parada⁴⁶⁴, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁴⁶⁵, señalando que para ello la normativa establece un monto máximo que puede ser contratado con particulares, en cambio en la Argentina, el sistema establecido para ello es similar al de México, de ello da cuenta Bezzi⁴⁶⁶ al señalar su concepto, los requisitos previos para su ejecución, la ejecución propiamente dicha, la documentación requerida y las contrataciones complementarias que en su caso se requieran, entre las que se admite la contratación del profesional técnico responsable de las mismas.

Así mismo, ratificando lo que la norma señala como concepto de obra pública, establece que cuando se requieran equipos, instrumentos, elementos prefabricados terminados, materiales u otros bienes que deban ser instalados, montados, colocados o aplicados, en las obras ejecutadas por administración directa, la adquisición de los mismos, ha de regirse por la ley de la materia.

Para estar en aptitud de ejecutar las obras públicas bajo la modalidad de administración directa, los entes estatales previamente deben haber considerado el ejercicio de esta forma de gestión al formular la planeación, programación y presupuestación de las obras públicas y deben señalarlo así en sus programas anuales de obras, además de realizar todas las acciones previas reguladas por dichas fases de la obra pública, además previo a su ejecución, el titular del área responsable de la ejecución de los trabajos debe emitir un acuerdo de obras por administración directa. Dicho acuerdo, debe cumplir con un mínimo de requisitos para su validez que la norma establece taxativamente.

Como una medida de control y vigilancia para la ejecución de obras bajo ésta modalidad o forma de gestión, la norma faculta a los órganos internos de control, de los entes estatales para que previamente a la ejecución de los trabajos, verifiquen que se cuente y cumpla con los requisitos mínimos exigidos por la norma para estos casos como son: el presupuesto correspondiente y los programas de ejecución, de utilización de recursos humanos y, en su caso, de utilización de maquinaria y equipo de construcción.

⁴⁶⁴ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 363.

⁴⁶⁵ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª Ed, España, Editorial Trivium, S.A., 1996. Págs. 145 a 147.

⁴⁶⁶ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 25 a 36.

La norma determina que el presupuesto de los trabajos por administración directa debe integrarse basándose en costos unitarios, los cuales no podrán incluir cargos por imprevistos ni erogaciones adicionales. Mismos que define como el correspondiente a la suma de cargos por concepto de materiales o equipo de instalación permanente, mano de obra y utilización de maquinaria o equipo de construcción, sea propio o rentado. Así mismo la norma previene que en la formulación de dichos presupuestos se debe incluir los costos relativos a equipos, mecanismos y accesorios de instalación permanente; las instalaciones de construcción necesarias para la ejecución de los trabajos; construcciones e instalaciones provisionales; los salarios, viáticos o cualquier otra remuneración que reciba el personal técnico, administrativo y de servicios, encargados directamente de la ejecución de los trabajos; los equipos de transporte aéreo, marítimo o terrestre; los materiales de consumo en oficinas y los materiales, equipo de instalación permanente, mano de obra, maquinaria o equipo de construcción complementario

En el mismo tenor, la norma establece los requisitos que deben cumplirse que en la elaboración de los programas que se requieran para la ejecución de obras bajo dicha forma de gestión, los mismos, deberá considerar los siguientes aspectos: Que el programa de ejecución y erogaciones, esté desagregado en etapas secuenciales de conceptos y actividades; que el programa de utilización de recursos humanos encargado directamente de la ejecución de los trabajos, consigne la especialidad, categoría, número requerido y percepciones totales por día, semana o mes; que el programa de utilización de la maquinaria o equipo de construcción, consigne las características del equipo, capacidad, número de unidades y total de horas efectivas de utilización; y que el programa de suministro de los materiales y equipo de instalación permanente, consigne las características, cantidades, unidades de los materiales y equipo que se requiera. En todos los casos deben estar calendarizadas por semana o mes.

Como en toda obra pública, la dirección y control de la misma estará a cargo del ente estatal que la ejecute, para ello, se debe establecer una residencia de obra; la que deberá prever y proveer todos los recursos humanos, técnicos, materiales y económicos necesarios para que la ejecución de los trabajos se realice de conformidad con lo previsto en los proyectos, planos y especificaciones técnicas; los programas de ejecución y suministro y los procedimientos para llevarlos a cabo; así mismo, dicha residencia de obra deberá llevar un registro pormenorizado de lo que en el proceso de ejecución acontezca,

para ello, deberá anotar las incidencias que se susciten durante el desarrollo de los trabajos en una bitácora de obra; una vez concluidos los trabajos por administración directa, éstos deberán ser entregados al área responsable de su operación o mantenimiento, dependiendo de la naturaleza de los trabajos, éstos podrán ser entregados en forma parcial o total. La entrega cualquiera que sea la clase de ésta, deberá constar por escrito, para lo cual se levantará un acta de recepción cuyo contenido mínimo establece taxativamente la norma, lo cual implica que la falta de cualquiera de los elementos mencionados implicará la invalidez del documento.

La norma hace una aclaración en el sentido de que los trabajos de mantenimiento menor que realicen los entes estatales con personal, materiales existentes en el almacén, equipo y herramienta propios, no deberán considerarse como trabajos de administración directa; por lo tanto, la ejecución de los mismos debe ser excluida de los presupuestos aprobados en materia de obras y servicios, toda vez que el costo que refleje la realización de éstos, deberá ser incluido en los gastos de operación.

Desde el punto de vista presupuestal, el Glosario de Términos más usuales de la Administración Pública Federal define los recursos destinados a la ejecución de obras públicas bajo la forma de gestión que nos ocupa como:

“OBRAS PÚBLICAS POR ADMINISTRACIÓN.- Presupuestariamente son las asignaciones destinadas a cubrir el monto de las erogaciones que realice directamente la Administración Pública Federal en las construcciones, reconstrucciones, ampliaciones, adaptaciones, mejoras y supervisión de obras públicas por administración directa.”

4.3.3.- LA OBRA PÚBLICA CON RECURSOS EXTRAPRESUPUESTALES.

Fernández Ruiz⁴⁶⁷, da cuenta de esta forma de gestión de la obra pública, y señala que desde 1991, considerando las condiciones económicas que imperaban en el país, se planteó la conveniencia de no aplicar las normas que regulaban al gasto y deuda públicas a ciertos proyectos públicos de inversión, con la finalidad de no afectar los presupuestos de los entes públicos responsables de su ejecución y tampoco incrementar la deuda pública del Estado mexicano.

⁴⁶⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 228 a 233.

Que para efecto de cumplir con ese objetivo se propuso el empleo de un esquema contractual de arrendamiento financiero conocido como "BLT" por las siglas en idioma inglés de *Build, Lease and Transfer* que en nuestro idioma quiere decir, Construcción, Arrendamiento Financiero y Transferencia, "CAT", el cual presenta algunas variantes como el "BOM" que en inglés significa *Build, Own and Transfer*, que en español puede traducirse como Construcción, Posesión y Transferencia "CPT".

Dicho esquema, para su funcionamiento requiere de la creación de un fideicomiso privado como instrumento financiero que contrataba los recursos económicos necesarios de conformidad con las condiciones establecidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ofreciendo como garantía el contrato celebrado y posteriormente la obra misma, para sufragar los gastos de la construcción, mismo que era promovido por el ente estatal interesado, sin que mediara licitación pública, es decir, se negociaba bajo el esquema de adjudicación directa, lo cual también implicaba obviar la normatividad en materia de obra pública, para que una vez terminada la obra, ésta fuera dada en arrendamiento financiero al ente estatal contratante por un lapso de veinte o treinta años, y en algunos casos con un arrendamiento puro con la posterior donación gratuita de la obra, para con su explotación, pagar por el concepto de rentas, el compromiso asumido en forma diferida, por supuesto, la obligación de pago incluyó cubrir el costo de la obra, los intereses, el costo financiero de los recursos utilizados y claro está la utilidad establecida para el o los inversionistas privados, después de ese lapso.

Al final la obra era trasladada en propiedad al ente estatal, con la ventaja de que durante todo ese lapso no eran afectados sus estados financieros, ya que únicamente se registraban las obligaciones de pago de rentas por el año que transcurría, es decir, por el ejercicio presupuestal en vigor, y no por el total de la deuda contraída, como si se tratase de un arrendamiento ordinario y no lo que realmente era un arrendamiento financiero; así mismo al tratarse de rentas, la erogación necesariamente era registrada como parte del gasto corriente de la entidad paraestatal y no como era, un gasto de inversión.

Las presuntas ventajas de este esquema de contratación, se quisieron hacer consistir en que el gobierno federal no asumía ningún riesgo financiero o cambiario respecto de los llamados proyectos extrapresupuestales de inversión, debido a que éste era transferido a los inversionistas y financieros particulares nacionales y extranjeros. Además de lo

12

anterior, implicó que todos los actos y contratos celebrados bajo dicho procedimiento implicaron eludir el cumplimiento de las siguientes normas jurídicas vigentes:

En materia presupuestal.- Porque en la programación y presupuestación del gasto público federal no se consideran las previsiones de gasto de inversión física, inversión financiera, así como los gastos de pasivo o deuda pública requeridos para el desarrollo de las funciones encomendadas a cada ente estatal (artículo 8º del Reglamento de la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal).

En materia de deuda pública.- Al omitir considerar como deuda pública las obligaciones directas, como lo fueron las obligaciones de pago de rentas derivadas de los contratos de arrendamiento financiero o puro con donación gratuita al final, especialmente al considerar que la propia norma conceptúa como financiamiento, la suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo; la adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos; los pasivos contingentes relacionados con los mencionados actos; y la celebración de actos jurídicos análogos a los ya indicados. (artículos 1º y 2º de la Ley General de Deuda Pública).

En materia de obra pública.- la omisión en el cumplimiento de la misma fue más que evidente, ya que las obras fueron contratadas sin que mediara licitación pública, para poder seleccionar la oferta que resultara más conveniente en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes (artículo 134 constitucional y Ley de Obras Públicas de 1980), en este caso debe recordarse que el tercer párrafo de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas en vigor de 1994 a 2000, estableció que los órganos estatales del poder ejecutivo federal tenían la obligación de abstenerse en participar en la creación de fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, cuya finalidad fuese evadir lo previsto en dicho ordenamiento, por lo que habrá que concluir que todos los contratos "BLT" o "CAT", fueron celebrados con plena conciencia de que se violaba el orden jurídico establecido. Sin embargo, al implantar este tipo de contratos se señaló que ésta era una alternativa asequible ante la prohibición constitucional de otorgar concesiones para la prestación de algunos servicios públicos como el de suministro de energía eléctrica, sistemas colectores de aguas residuales, también conocidas como aguas negras, y plantas para el tratamiento

ind

de las mismas, además de algunas potestades administrativas propias de la función pública como lo son las penitenciarías.

Ante las ventajas que en apariencia otorgan al gobierno federal con este tipo de contrataciones, mediante Decreto de fecha 14 diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 del mismo mes y año, fueron reformadas las Leyes de Deuda Pública y Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, para entrar en vigor el 1º de enero de 1996, en el primer caso el artículo 18 fue adicionado con un tercer párrafo para quedar como sigue:

“ARTICULO 18.- Los proyectos a cargo de las dependencias del Gobierno Federal que requieran financiamientos para su realización, deberán producir los recursos suficientes para su amortización y las obligaciones que se asuman, en razón de que dichos financiamientos, no deberán ser superiores a la capacidad de pago de las entidades del sector público que los promuevan.

La capacidad de pago de las dependencias del Gobierno Federal se establecerá en función de su disponibilidad presupuestal para los ejercicios subsecuentes.

Tratándose de obligaciones derivadas de financiamientos de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, referidos a actividades prioritarias y mediante los cuales las entidades adquieran bienes o servicios bajo cualquier modalidad, cuya fuente de pago sea el suficiente flujo de recursos que el mismo proyecto genere, y en los que se cuente con la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos del artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, sólo se considerará, para efectos de la presente Ley, como pasivo directo, a los montos de financiamiento a pagar durante el ejercicio anual corriente y el ejercicio siguiente y el resto del financiamiento se considerará como pasivo contingente hasta el pago total del mismo.”

Como se aprecia de lo establecido por la adición del citado párrafo, en estricto sentido no se aporta nada nuevo al registro de deuda pública por este medio, ya simplemente reitera lo que se venía haciendo, esto es, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe aprobar previamente la celebración del contrato en los términos que más adelante analizaré, pero se insiste en distorsionar la asunción de los créditos, y en consecuencia el monto real de la deuda pública, ya que las entidades paraestatales y el gobierno federal mismo no afectan sus estados financieros y su registro de deuda pública respectivamente, toda vez, que sólo existe obligación de registrar como pasivo directo los montos a pagar del financiamiento de las obras exclusivamente respecto de dos ejercicios presupuestales,

el que se encuentre en vigor y el siguiente. Por tanto, el único avance en la materia es el registro de la deuda que por ese concepto se haya adquirido año con año, pues el resto del financiamiento se registrará como pasivo contingente, hasta el pago total del mismo, esto es, como algo que posiblemente pueda llegarse a deber y no como lo es en realidad, una deuda de largo plazo que directamente adquiere el Estado a través de uno de sus entes y que afecta significativamente las finanzas públicas de éste.

Por cierto, bien haría el legislador en definir con toda claridad cual es la deuda pública contingente o pasivo contingente, ya que actualmente la Ley General de Deuda Pública, sólo menciona su existencia, pero nada dice de ella en cuanto a su registro y efectos jurídicos para el Estado. Recurrí nuevamente al Glosario de Términos más usuales de la Administración Pública Federal localizando en él el vocablo de pasivo contingente, mismo que es definido como las obligaciones relacionadas con transacciones que involucran un cierto grado de incertidumbre (sic) y que pueden presentarse como consecuencia de un suceso futuro(sic). Esto me da la razón, en el sentido de que en este punto la norma sólo pretende seguir simulando que con la celebración de contratos bajo la modalidad "BLT" o "CAT" y sus diversas modalidades, según el idioma en que se le nombre, no se afecta la deuda pública, pues esos contratos representan una obligación de pago de rentas a largo plazo no de forma contingente sino real, y en realidad es una forma de eludir las normas constitucionales que prohíben la celebración de contratos de concesión en esas materias.

Para efecto de demostrar que el famoso pasivo contingente no es incluido en la deuda pública, a continuación reproduzco el concepto que de deuda pública se contiene en el citado Glosario de Términos:

"DEUDA PÚBLICA.- Total de obligaciones insolutas del sector público, derivadas de la contratación de empréstitos, internos y externos, sobre el crédito de la Nación. Capítulo (9000) del Clasificador por Objeto del Gasto que agrupa las asignaciones destinadas a cubrir obligaciones del Gobierno Federal por concepto de su deuda pública interna y externa, derivada de la contratación de empréstitos concertados a plazos, autorizados o ratificados por el H. Congreso de la Unión. Incluye los adeudos de ejercicios fiscales anteriores por conceptos distintos de servicios personales y por devolución de ingresos percibidos indebidamente.

Total de préstamos que recibe el Estado para satisfacer sus necesidades."

De la simple lectura del concepto de deuda pública, puede concluirse que la reforma legal en comento, viola la normatividad vigente, pues en estricto sentido evita que justamente se registre el total de la deuda, ya que como se analizó, se autoriza únicamente el registro por dos años, el del ejercicio presupuestal en vigor y el siguiente.

El Decreto que vengo comentando, también adicionó un párrafo al artículo 30 de la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal, que fue ubicado como segundo, por lo que el que ocupaba ese lugar pasó a ser el tercero, mismo que fue reformado en parte de su texto por el mismo Decreto, quedando como sigue:

“Artículo 30.- En casos excepcionales y debidamente justificados, la Secretaría de Programación y Presupuesto podrá autorizar que se celebren contratos de obras públicas, de adquisiciones o de otra índole, que rebasen las asignaciones presupuestales aprobadas para el año, pero en estos casos los compromisos excedentes no cubiertos quedarán sujetos, para los fines de su ejecución y pago, a la disponibilidad presupuestal de los años subsecuentes. Tratándose de proyectos incluidos en programas prioritarios a los que se refiere el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley General de Deuda Pública, en que la mencionada Secretaría, en los términos que establezca el reglamento de esta Ley, haya otorgado su autorización por considerar que el esquema de financiamiento correspondiente fue el más recomendable de acuerdo a las condiciones imperantes, a la estructura del proyecto y al flujo de recursos que genere, el servicio de las obligaciones derivadas de los financiamientos correspondientes, se considerará preferente respecto de nuevos financiamientos, para ser incluido en los presupuestos de egresos de los años posteriores, hasta la total terminación de los pagos relativos.

Quando los proyectos a que se refiere este artículo correspondan a programas de entidades cuyos presupuestos se incluyan en el Presupuesto de Egresos de la Federación, se hará mención especial de estos casos al presentar el proyecto de Presupuesto a la Cámara de Diputados.”

Como puede apreciarse el artículo de mérito regula la celebración de contratos administrativos cuyas obligaciones rebasan un ejercicio presupuestal, conocidos en el argot de la administración pública federal como multianuales, y en el párrafo adicionado determina que cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autoriza que se lleve a cabo un proyecto de infraestructura productiva de largo plazo, al formular el presupuesto de egresos de cada año, debe darse preferencia al pago de las obligaciones derivadas de este tipo de proyectos, antes de autorizar la ejecución de otros, lo cual implica que han de evaluarse los estados financieros de la entidad de que se trate, para determinar la viabilidad económica de este tipo de proyectos y evitar un sobre endeudamiento, teniendo

dicha dependencia la obligación de hacer mención especial de estos casos en el proyecto del Presupuesto de Egresos de la Federación, que se presente cada año ante la Cámara de Diputados.

Con el propósito de complementar el marco jurídico de los llamados proyectos de infraestructura productiva de largo plazo o proyectos de infraestructura que formen parte de programas prioritarios, mediante Decreto publicado el 20 de agosto de 1996, se reformaron los artículos 17 fracciones VII y VIII, 21 y se adicionaron los artículos 38-A, 38-B y 108-A, del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, estableciendo los detalles de la forma y términos que debe hacerse referencia a este tipo de proyectos en los programas de inversión de las entidades del gobierno federal; la inclusión en sus anteproyectos de presupuesto del apartado especial que se haga mención especial de este tipo de proyectos; la forma y términos en que las entidades deben recabar de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autorización para la realización de este tipo de proyectos, señalando los requisitos que deben cumplir las solicitudes respectivas, mismas que han de ser sometidas a dictamen ya no de la citada dependencia del ejecutivo federal como lo señala la ley, sino de la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, ya que es ella quien debe emitir un documento en el que debe destacarse la importancia y necesidad de ejecutar cada proyecto, así como los efectos que podría tener su no realización, los riesgos de cualquier índole que el mismo implique, así como su impacto sobre el crédito público y las condiciones bajo las cuales, en su caso, la citada Secretaría emitirá la autorización respectiva. De manera extraordinaria se autoriza a que dicha Comisión dictamine que es procedente la ejecución de este tipo de proyectos, considerando como fuente de generación de recursos financieros los subsidios otorgados para el desarrollo de actividades prioritarias.

Que las entidades deben tramitar una autorización de inversión pública para el pago o amortización de las obligaciones derivadas del financiamiento de un proyecto, de los que me ocupan, autorizado bajo cualquier modalidad, determinado que las obligaciones financieras que se generen por la ejecución de los multicitados proyectos, deberán incorporarse al informe sobre la situación económica, las finanzas públicas y la deuda pública que trimestralmente se remite al Congreso de la Unión, pero teniendo presente que en ello no se incluye a la denominada deuda contingente, es decir, la correspondiente

a ejercicios presupuestales posteriores, lo cual resulta por demás relevante, ya que el plazo para el pago de estos proyectos oscila entre los veinte y treinta años.

Igualmente, se detalla la forma y términos en la que ha de adicionarse un apartado especial, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como el contenido de éste, mismo que ha de incluir los adeudos de proyectos ejecutados anteriormente, pero las previsiones de gasto para cubrir dichos adeudos han de estar referidas exclusivamente al ejercicio presupuestal de que se trate, por montos equivalentes a los ingresos netos disponibles, una vez cubiertas las erogaciones necesarias para obtenerlos, mismos que deberán ser medidos en términos de los flujos de efectivo que se estime generará cada proyecto durante el lapso que dure su financiamiento, por lo que se prohíbe expresamente la ejecución y autorización de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo o proyectos de infraestructura que formen parte de programas prioritarios, si estos no fueron incluidos en el apartado especial de mérito; finalmente las adiciones establecen que para el registro de las operaciones correspondientes a los proyectos de referencia, las entidades deberán presentar, tanto en la etapa de programación-presupuestación, como en su reporte de cuenta pública, el estado de cuenta relativo a cada una de ellas, así como de los pasivos directos y contingentes que al efecto se hayan contraído y la proyección de sus pagos hasta su total terminación.

La actual ley en materia de obra pública establece con toda claridad en el quinto párrafo del artículo 1º de la LOPSRM, que los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, además de sujetarse a la normatividad de deuda pública y presupuestal ya analizada, deben regirse por dicha norma únicamente en lo que se refiere a los procedimientos de contratación y ejecución de obra pública. Además con la intención de que se evite recurrir a tanta creatividad el séptimo y último párrafo del citado numeral, señala la prohibición en el sentido de que los entes estatales regidos por ella, deben abstenerse de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en el propio ordenamiento, como la clara intención de proscribir la importación de figuras jurídicas que tengan como finalidad el evadir el marco jurídico vigente en materia de concesión de obra pública y sus variantes hasta llegar incluso al contrato de concesión de servicios públicos, aún cuando sea en forma parcial.

A partir de la existencia de las normas recién comentadas, entidades como la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos, S.A., lo único que han hecho es cambiar la denominación de los contratos a que me he estado refiriendo en este punto y ahora los designa con las siglas de "OPF" que significan Obra Pública Financiada, o contratos de servicios múltiples.

Por cierto, el citado Glosario de Términos más usuales de la Administración Pública Federal conceptúa a los Proyectos Prioritarios como aquellos a los que se les confiere la más alta importancia para la producción de bienes y servicios social y nacionalmente necesarios, en virtud de que responden a los objetivos señalados en el Plan Nacional de Desarrollo, los Programas de Mediano Plazo y los Programas Operativos Anuales. Así mismo, el mismo documento especifica que los proyectos de infraestructura productiva con impacto diferido en el registro del gasto, a los cuales los identifica con las siglas de (PIDIREGAS), son las inversiones realizadas por algunas entidades paraestatales bajo control presupuestario directo, esto es, cuyos presupuestos están incluidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación, con financiamiento privado de largo plazo, para constituir activos generadores de ingresos cuyo impacto presupuestario se difiere en los subsecuentes ejercicios fiscales.

En el caso específico de la Comisión Federal de Electricidad, esta forma de gestión de la obra pública se ha convertido en la principal, tan es así que la H. Junta de Gobierno de dicha entidad, en su reunión ordinaria celebrada el 27 de noviembre del 2001, dictó el Acuerdo número doscientos/ 2001, mismo que establece "Con base en las atribuciones que tiene conferidas esta Junta de Gobierno y con fundamento en los artículos 58, fracciones I y VII de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, y 28 de su Reglamento, así como con los artículos 1 y 25 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, este Órgano de Gobierno aprueba las Políticas, Bases y Lineamientos en materia de Obras Públicas, Servicios Relacionados con las Mismas y Pidiregas de la Comisión Federal de Electricidad.", mismo que puede ser consultado en la página Web www.cfe.gob.mx,

En los últimos años se ha iniciado la instauración este sistema de contratación en las actividades que son propias de la explotación de bienes del dominio público de la nación, específicamente para la explotación del petróleo y sus derivados a cargo de Petróleos

Mexicanos, S.A., con contratos que en un lenguaje coloquial, son designados como de servicios múltiples, pero que en la práctica son celebrados como contratos de obra pública, el modelo usado para tales efectos puede consultarse en la página Web www.pemex.gob.mx, dicho contrato en realidad tiene el mismo esquema de los contratos "BLT" o "CAT", según se le nombre en inglés o español, pero adaptado a la modalidad de inversión hoy conocida como "Pidiregas", lo que ha originado una gran controversia nacional, especialmente, después de que, mediante modificación al Reglamento de la Ley del Servicio Público de la Energía Eléctrica se trató de ampliar la celebración de este tipo de contratos para permitir una mayor participación de los particulares en la generación de energía eléctrica destinada a la prestación del servicio público, sin embargo, como oportunamente lo informó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su comunicado de prensa número 518, de fecha 25 de abril de 2002, mismo que puede ser consultado en la página Web www.scjn.gob.mx, en dicha resolución el pleno de la corte declaró la inconstitucionalidad de las reformas y adiciones hechas por el titular del Poder Ejecutivo Federal al Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicadas el 24 de mayo de 2001, las cuales fueron impugnadas por el Congreso de la Unión por medio de una controversia constitucional, presentada el 4 de julio de 2001, en la cual argumenta que el Ejecutivo Federal invadió la esfera de competencias que corresponde ejercer de manera exclusiva al Poder Legislativo.

La resolución en comento declaró la invalidez de los artículos 126, párrafo segundo y tercero, y 135, fracción II, y párrafos antepenúltimo, penúltimo y último del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, en virtud de que el Presidente de la República realizó un indebido ejercicio de su facultad reglamentaria contenida en el artículo 89 fracción I de la Constitución. Con la expedición del decreto impugnado, el Ejecutivo Federal se extralimitó en sus funciones, debido a que invadió la esfera de atribuciones del Congreso de la Unión, al cual, según los artículos 73, fracción X, y 134 constitucionales, le corresponde legislar en materia de adquisición de energía eléctrica, y que tampoco respetó la división de poderes establecida en el artículo 49 de la Carta Magna.

El decreto, cuya constitucionalidad fue cuestionada por el Congreso de la Unión, concedía a la Secretaría de Energía un amplio margen de discrecionalidad, contrario al concepto de venta de excedentes contenido en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, de

acuerdo con el proyecto, el Ejecutivo Federal exentaba del procedimiento de licitación pública a los contratos que la Comisión Federal de Electricidad celebra con los particulares para comprar la energía eléctrica que generan. Por consiguiente, al omitirse el establecimiento de un procedimiento distinto a la licitación para celebrar contratos sobre la adquisición de energía eléctrica, se consideró que ello se traduciría en que el Estado no tuviera la garantía de que la Comisión Federal de Electricidad fuera a contratar con el particular que le ofreciera la mejor opción. Es decir, se privaba al Estado de la seguridad de que los recursos económicos de ese organismo de la Administración Pública Paraestatal se administraran con eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez.

Para terminar con este tema, no puedo dejar de mencionar que específicamente los artículos 25, cuarto párrafo, 27, párrafos cuarto, quinto y sexto, y 28, cuarto párrafo, constitucionales, establecen los siguientes principios:

- a) Que el sector público tiene a su cargo, de manera exclusiva, la obligación de explotar las denominadas áreas estratégicas establecidas por la propia norma, con la deber de mantener la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan;
- b) Que corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos;
- c) Que el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible, así como la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos citados, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no puede realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el ejecutivo federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.
- d) Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos; de la generación, conducción, transformación, distribución, y abastecimiento de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, se prohíbe el otorgamiento de concesiones o contratos (de cualquier tipo, incluyendo por supuestos los llamados de servicios múltiples), por lo que es facultad

exclusiva de la nación, llevar a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señalen las leyes, aprovechando los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

- e) No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

En consecuencia con dichos principios, en mi opinión, el ejecutivo federal, atendiendo a que su función fundamental es la de hacer que se cumpla la Constitución y las leyes que de ella emanan, debe evitar a toda costa, simulaciones jurídicas tendientes a contratar con los particulares la explotación de recursos naturales y la prestación de servicios públicos considerados áreas estratégicas, por tanto, no susceptibles de ser explotadas bajo ningún esquema por los particulares, ya que los contratos CAT, u OPF, y cualquier otro como los llamados de servicios múltiples, en realidad son concesiones de obra pública disfrazadas que pretenden evadir el cumplimiento de las normas constitucionales, por tanto, si lo deseado es que así suceda, entonces deberá ser el Congreso de la Unión quien analice y discuta las ventajas y desventajas que puede tener para el país abrir a la inversión privada, algunas áreas que hasta ahora son exclusivas del Estado. Las simulaciones jurídicas hechas hasta ahora, sólo han creado un "pasivo contingente" cuyas consecuencias económicas futuras no han sido debidamente evaluadas.

4.3.4.- LA CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.

Sin lugar a dudas, una de las formas de gestión de la obra pública, más conocida y antigua es la concesión de obra pública, que como veremos en el siguiente apartado, no es más que una variante del contrato de obra pública, que podría ser definida como el contrato a través del cual el Estado, encomienda a un particular la ejecución de una obra pública, a su costa y riesgo, esto es, con sus propios recursos financieros, cuyo pago se efectúa mediante la explotación que el constructor hace de la obra por un lapso determinado, que oscila entre los diez, veinte y treinta años, pero en algunos casos llega hasta los noventa y nueve años, por lo que recibe la retribución de los recursos invertidos de las tarifas, cuotas o peaje, según sea la naturaleza de la obra. Más adelante realizaré

un análisis más detallado de esta modalidad o forma de gestión de la obra pública, que no es más que una variedad del contrato de obra pública, justificando por supuesto esta afirmación.

4.3.5.- EL COMODATO Y LA OBRA PÚBLICA.

El contrato de comodato es definido por el artículo 2497 del Código Civil Federal, como aquel por virtud del cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente. Zamora y Valencia⁴⁶⁸, enseña que el uso de la cosa es temporal, en razón de que se trata de un contrato traslativo de uso, el cual nunca puede ser definitivo, ya que en tal circunstancia se estaría ante otro tipo de contrato (traslativo de dominio), y aún cuando la citada norma no establece límites a su temporalidad, resulta claro que éste terminaría por la muerte de cualquiera de las partes, asimismo, como lo señala la norma se trata de un contrato gratuito, que recae siempre sobre bienes no fungibles, esto es, que no se consume con el uso, por lo tanto, serán objeto de este contrato, algunos bienes muebles que cumplan con este requisito y sin excepción todos los bienes inmuebles, es por ello que la liberación de la obligación sólo puede darse hasta el momento en que restituye la cosa dada en comodato y no otra distinta aún cuando sea de la misma especie y calidad.

Fernández Ruiz⁴⁶⁹ señala que la forma en que este contrato se vincula con la obra pública, es cuando un órgano del Estado concede el comodato de un bien inmueble a un particular, que sería el comodatario, para que lo use por un tiempo determinado, permitiéndosele realizar en él, todo tipo de obras y construcciones que le permitan usarlo para un fin determinado, durante el plazo del contrato, el comodatario explotará la construcción realizada, recuperando la inversión realizada, el costo de operación del bien, el mantenimiento, el costo financiero y por supuesto la correspondiente utilidad, una obra con estas características podría ser un parque de diversiones, con todo tipo de juegos mecánicos, un estadio, hasta una carretera, por lo que esta forma de gestión, al no estar debidamente regulada, suele utilizarse para evitar el cumplimiento de la ley que regula la obra pública, cuyo último párrafo de su artículo 1º, como ya se expuso, prohíbe expresamente la celebración de este tipo de contratos, que sólo tienen la intención de

⁴⁶⁸ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 167 a 174.

⁴⁶⁹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 234.

eludir el cumplimiento del derecho positivo y desde luego generan corrupción, especialmente cuando el comodatario es seleccionado en forma directa sin usar el procedimiento administrativo creado especialmente para tal finalidad, la licitación pública, sin embargo, puede ser una forma de promover la inversión pública por parte de los particulares, sin que ello signifique la erogación de recursos presupuestales para el Estado.

4.4.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

De este contrato se ha dicho que es el contrato administrativo por excelencia, sin duda ello se debe a la frecuencia de su celebración, a la cuantía de los recursos públicos que son ejercidos mediante su celebración, pero sin duda, también debido a que junto con el contrato de concesión de servicios públicos fue de los primeros que obligaron al Estado a la estructuración de un régimen jurídico especial, que hoy día caracteriza a todos los contratos de naturaleza similar, que como lo ha sustentado el tratadista Gordillo⁴⁷⁰, todos los contratos celebrados por el Estado son administrativos, sin embargo, ello es más evidente en unos que en otros, debido a que aplica con más rigor el régimen administrativo a que están sujetos.

Fernández Ruiz⁴⁷¹, recuerda que este contrato, cuando se celebra a precio alzado, resulta similar al contrato civil de obra a precio alzado, cuyo antecedente en el Derecho Romano es la *locatio operis* la cual admitía dos formas, una el arrendamiento puro, tal como hoy en día lo conocemos, es decir referido a las cosas o la *locatio rerum*, la otra el arrendamiento de servicios que a su vez admitía dos modalidades, una la *locatio operarum* o prestación de servicios, y la *locatio operis* o arrendamiento de obra, que consistía en que mediante ese contrato una persona llamada locador, encomendaba a otra denominada conductor la realización de un trabajo en bienes muebles o inmuebles propiedad del primero, recibiendo como contraprestación el pago de la *merces* o precio.

Igualmente el autor de mérito, hace suya la afirmación de Luis Cayuela Sebastián, en el sentido de que en la actualidad el contrato de arrendamiento, tiene una finalidad clara que es el ceder el uso y disfrute de una cosa a una persona, y los llamados impropriamente

⁴⁷⁰ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. XI-1 a XI-54.

⁴⁷¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 235.

arrendamientos de obras o servicios, resultan ser contratos con obligaciones de hacer a los cuales ni siquiera por una aplicación analógica les pueden ser aplicadas las normas del contrato de arrendamiento.

Contrario a la opinión antes expresada, la doctrinaria se inclina mayoritariamente por sostener que el contrato de obra pública es una *locatio operis*, así por ejemplo Fiorini⁴⁷², expresa “La locación de obra en cuanto figura jurídica, exhibe un *genus* universal como realización de un contrato de resultado por la conjunción de la creación intelectual, dirección, trabajo humano y mecánico y aportes de distintas clases de materiales.” En sentido muy similar se expresan diversos autores como García de Enterría y Fernández⁴⁷³, Gordillo⁴⁷⁴, quienes señalan que su esencia está en su configuración como tal, lo cual es evidente con la aplicación del principio de riesgo y ventura(sic), lo cual implica que el constructor se obliga a entregar una cosa conclusa, a cambio de un precio fijo, asumiendo la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad, que en su caso le signifique la obtención del resultado deseado, que es lo importante, entregar la obra en el plazo establecido. Esto con independencia de la diferencia existente en el concepto de obra pública que se tiene en la Argentina y países como Francia, España y México.

Ahora bien, en cuanto al concepto del contrato de obra pública, casi todos los tratadistas que tratan el tema, proponen una noción de conformidad con la percepción que tienen del tema, así por ejemplo, en México, Serra Rojas⁴⁷⁵, señala que es “...aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o substancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio.”, por su parte, Acosta Romero⁴⁷⁶ afirma que lo será “...el acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Pública Federal, Local o Municipal, por conducto de sus dependencias, ordena (sic) a un particular, la construcción o reparación de una obra pública.”, Fernández Ruiz⁴⁷⁷, cita a Alfonso Nava Negrete, diciendo que éste considera que es un contrato administrativo que tiene por objeto la realización de una obra pública, y es el concepto de ésta el que le tipifica e individualiza frente a otros contratos administrativos, y por su parte,

⁴⁷² Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Pág. 618.

⁴⁷³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 708,

⁴⁷⁴ Gordillo, Agustín, Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Op. Cit. Págs. 55 a 58.

⁴⁷⁵ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Pág. 661.

⁴⁷⁶ Acosta Romero, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Volumen I, Op. Cit. Pág. 638.

⁴⁷⁷ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 238.

él lo precisa diciendo: "... el contrato de obra pública es el negocio jurídico bilateral, sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminados a modificar o afectar el estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al celebrar dicho negocio contractual."

Entre los tratadistas Argentinos, como ya se ha indicado prevalece la idea de que se trata de una locación de obra, y algunos de ellos han propuesto conceptos tales como "El contrato de obra pública, es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades publicas no estatales, indirectamente a través de terceros llevan a cabo la mencionada obra." Que es propuesto por Dromi⁴⁷⁸, quien lo desglosa en cuatro elementos, subjetivo, objetivo, material, y finalista o teleológico, en atención a los sujetos que en él intervienen, los recursos con que es pagada la obra, aquello sobre lo que puede versar la obra pública, y que carece de trascendencia la finalidad perseguida por el Estado por su celebración, pues lo conceptúa como un procedimiento. Escola⁴⁷⁹, lo define diciendo que "...es el contrato administrativo que celebra la administración pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular." En cambio para Gordillo⁴⁸⁰, el contrato de obra pública, de conformidad con la legislación nacional de su país (en nuestro caso federal), es una locación de obra, que puede referirse a inmuebles, muebles u objetos incorporales, cuya celebración no ha de cumplir con ningún fin público especial, que es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia, esto es que se ejecuta con fondos del tesoro de la Nación.

En España, para los autores García de Enterría y Fernández⁴⁸¹, el contrato de obra pública "Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la administración, a cambio de un precio." Para Ramón Parada⁴⁸², y los autores Colmenar Luis y Colmenares Soto⁴⁸³, la definición es muy similar, a la anterior, en razón de que, la estructuran en base al concepto que de obra pública establece la ley 13/1995, de los Contratos de las

⁴⁷⁸ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 340.

⁴⁷⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 762.

⁴⁸⁰ Gordillo, Agustín, Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Op. Cit. Pág. 71,

⁴⁸¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 708.

⁴⁸² Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 351.

⁴⁸³ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Pág. 131.

Administraciones Públicas, por lo que consideran que el contrato de mérito es aquel que celebran la administración y un empresario, cuyo objeto consiste en que el primero realice: a) la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble; b) la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o subsuelo; y c) la reforma, reparación, conservación o demolición de los anteriores, por un precio.

Considerando lo antes expuesto, así como lo expresado respecto del concepto de contrato administrativo, en el primer capítulo de este trabajo, en mi opinión, el contrato de obra pública es un acuerdo de voluntades, regulado por normas de Derecho Administrativo, el cual es celebrado por órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, consecuentemente con una finalidad mediata o inmediata de interés público, quien encomienda a una persona llamada contratista, la realización, hasta su total terminación, de un trabajo para la creación, construcción, conservación o modificación de los bienes inmuebles o de capital del Estado, en el plazo estipulado, actividad que en todo momento queda bajo la supervisión y control técnico, directo e inmediato del ente contratante, recibiendo como contraprestación el pago de una cantidad cierta y en dinero, la cual es determinada por las partes mediante el establecimiento de una ecuación económico-financiera, misma que es conservada durante toda la vigencia del contrato, garantizando su intangibilidad.

4.5.- LA CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Concerniente a la clasificación de este contrato, en general existe cierta unanimidad en la opinión doctrinaria en cuanto a que se trata de un acuerdo de voluntades de carácter administrativo, bilateral o sinalagmático, a título oneroso, consensual, pero que requiere forma escrita, conmutativo, principal, tracto sucesivo de ejecución continua, típico o nominado, de adhesión, *intuitu personae*, y *locatio operis*. En ese sentido se expresan autores como Fernández Ruiz⁴⁸⁴, Canals Arena⁴⁸⁵, Martínez Alfaro⁴⁸⁶, Escola⁴⁸⁷, Dromi⁴⁸⁸,

⁴⁸⁴ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 239 a 245.

⁴⁸⁵ Canals Arena, Jorge Ricardo, El Contrato de Obra Pública, 1ª Ed, México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1991. Pág. 99.

⁴⁸⁶ Martínez Alfaro, Joaquín, Los Contratos derivados del Artículo 134 Constitucional, 2ª Ed, México, Porrúa, S.A., 1993. Págs. 39 a 41.

⁴⁸⁷ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 764 y 765.

⁴⁸⁸ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 343.

con algunas variaciones, las cuales comento a continuación al tratar lo relativo a cada clasificación.

Contrato administrativo o de derecho público.- La afirmación en el sentido de que el contrato de obra pública es administrativo, tiene sustento en el hecho de que como quedó demostrado en el primer capítulo de este trabajo, estos acuerdos de voluntades únicamente pueden ser celebrados por el Estado, quien con su celebración, a través de cualquiera de sus entes, en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, busca la realización del interés público, ya sea en forma mediata o inmediata, por lo que sujeta a estos contratos y a las personas que colaboran con él a un régimen específico de derecho público.

En el caso de México, esto es así desde el punto de vista doctrinal, como fue analizado, aún antes de la promulgación de la Constitución de 1917, y desde el punto de vista legal, a partir de que dicha Carta Magna previó por primera vez la celebración de éste tipo de contratos, que fueron reglamentados a partir de 1965, con la Ley de Inspección de Contratos y Obra Pública, actualmente son regulados por la LOPSRM y el RLOPSRM.

Contrato bilateral o sinalagmático.- El contrato de obra pública es bilateral o sinalagmático en razón de que genera obligaciones mutuas y recíprocas para ambas partes, el ente estatal comitente y la persona llamada contratista, mismas que derivan del contrato, específicamente, de las estipulaciones con que sea conformado éste, lo cual determina que ambas partes tengan el carácter de deudor y acreedor entre sí, ya que al celebrar el contrato se obligaron el uno para con el otro. La obligación fundamental del órgano estatal es el pago de la obra, cualquiera que sea la modalidad acordada, esto es, a precios unitarios, precio alzado, coste y costas o la concesión; así como el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato. La obligación del contratista es la realización del trabajo encargado hasta su total terminación en el plazo que para ello se haya estipulado, por lo que incluso garantiza este deber contractual otorgando una fianza que garantiza el cumplimiento y a su terminación la sustituye por otra de vicios ocultos, y en su caso también garantiza el otorgamiento de los anticipos que le sean otorgados, hasta el momento en que estos sean totalmente amortizados, mediante descuentos en los pagos que reciba.

Contrato a título oneroso.- Se afirma que el acuerdo de voluntades motivo de este trabajo es celebrado a título oneroso, en razón de que el particular contratista, pretende la obtención de un lucro, ganancia, provecho o ventaja de carácter económico y el Estado también, aunque en este caso como ya lo he afirmado la finalidad perseguida es de interés público, sin embargo, no puede dejarse de lado que el propio mandato constitucional del artículo 134, señala que el acuerdo de voluntades a realizarse mediante un procedimiento administrativo especial, condicionado por su objeto, que persigue seleccionar a la persona que ofrezca las mejores condiciones de mercado en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, por lo que la realización del interés público ha de realizarse al menor costo posible y obteniendo el mejor resultado posible.

Contrato conmutativo.- Si bien el contrato de obra pública, es oneroso como ya quedó indicado, también lo es que desde su celebración, las partes contratantes tienen pleno conocimiento de los costos y ganancias que obtendrán, lo cual lo hace un contrato conmutativo, en razón de que la aplicación del principio de riesgo (perdidas) y ventura (ganancias), ha sido limitado a su mínima expresión, sino que ha desaparecido, con la aplicación del principio de mantenimiento de la ecuación económico-financiera.

Como ya fue explicado en el primer capítulo de este trabajo, en todos los contratos administrativos se ha identificado la existencia de tres áleas o áreas de riesgo: La normal o administrativa, que resulta inamovible durante la vigencia del contrato, pero si fuera modificada por el Estado, ya sea por un hecho ilícito, por caso fortuito o fuerza mayor, o por el hecho del príncipe, esta queda a cargo del Estado; el álea anormal o económica, que también queda a cargo del Estado quien se obliga a la conservación de la ecuación económico-financiera, ya sea por actos propios como el citado hecho del príncipe, o el ejercicio de alguna potestad administrativa como lo es la *potestas variandi*, e incluso por el acaecimiento de acontecimientos de carácter imprevistos independientes de la voluntad de las partes; y el álea empresaria a cuyo cargo queda el empresario, esto es su existencia queda circunscrita a los errores que pudiera cometer el contratista, como el no respetar la normatividad en materia de construcción o uso de la vía pública, errores de cálculo en la determinación del precio que ha de recibir por la realización de la obra o la prestación del servicio, e incluso negligencia en esto mismo, aspectos únicos en los que más que aplicar el principio de riesgo y ventura, resultaría que el empresario constructor,

Contrato *intuitu personae*.- Como también fue expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, los procedimientos administrativos especiales para seleccionar a la persona que será el cocontratante del Estado, en un contrato de obra pública, ha de acreditar entre otras cosas su existencia, su capacidad técnica y económica, resulta insuficiente que una persona presente una propuesta económica atractiva, que incluso sea solvente, también resulta indispensable que acredite sus cualidades personales, como son contar con experiencia suficiente para ejecutar los trabajos, también que su situación financiera le permitirá cumplir con la ejecución de los trabajos, tanto con la calidad requerida como en el plazo establecido, lo cual entre otras cosas deberá demostrar al proponer un programa de ejecución de los trabajos, y claro está, una propuesta económica que refleje todo lo anterior, además de ofrecer las mejores condiciones de mercado disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes es esa la razón por la cual este contrato es *intuitu personae*, toda vez que únicamente puede ser celebrado con personas que acrediten contar con todo lo antes indicado, lo cual entre otras cosas determina que se prohíba al contratista seleccionado, de ceder los derechos obtenidos con la celebración del instrumento jurídico de que se trate y subcontratarlos con las excepciones que se analizarán más adelante.

Fernández Ruiz⁴⁹², hace el señalamiento de que este contrato también resulta ser *intuitu personae*, en razón de que el contratante únicamente puede ser un órgano del Estado facultado para ello expresamente, por la norma jurídica que le otorgue la competencia de celebrar los contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma. Dicha capacidad, en el caso de las secretarías de Estado ha de constar no sólo en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sino también en el Reglamento interior correspondiente, el cual ha de establecer cual es el órgano que puede celebrar contratos en nombre y por cuenta de la dependencia; asimismo, en el caso de las entidades paraestatales, la competencia ha de constar en la ley o decreto que haya establecido su creación o bien en el reglamento interior respectivo, y en el caso de tratarse de una empresa con participación estatal mayoritaria, la competencia debe estar establecida en las escrituras constitutivas, el estatuto jurídico y organizacional, además de un poder o mandato general o especial, otorgado ante fedatario público.

⁴⁹² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 243 y 244.

Es un contrato de locación de obra.- Como ya fue expuesto, el contrato de obra pública es una *locatio operis*, que consiste en que el particular contratista, se compromete a prestar sus servicios para la realización de una obra hasta su total terminación en un plazo determinado, sin embargo, éste no determina la vigencia del acuerdo de voluntades, ya que lo importante es el resultado final, que no debe ser otro que la obra totalmente terminada.

4.6.- MODALIDADES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Cuando se habla de modalidades en el contrato de obra pública, en general se hace referencia a la forma y términos en que se pacta el pago de la contraprestación al contratista, y al respecto, en general la doctrina reconoce cuatro modalidades que son el contrato a precios unitarios o de unidad de medida o simple, el contrato a precio o ajuste alzado, el contrato por administración o por coste y costas, por último, la doctrina expresa su opinión masiva y unitaria en el sentido de que la concesión de obra pública también es una modalidad del contrato de obra pública, como ya fue afirmado y expondré más adelante. Además de lo anterior, la legislación federal establece otra modalidad más que consisten en la combinación de establecer una parte del por ajuste alzado y la otra basándose en precios unitarios o unidad de medida.

4.6.1.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS.

Tratadistas como Fernández Ruiz⁴⁹³, Canals Arenas⁴⁹⁴, Parada⁴⁹⁵, García de Enterría y Fernández⁴⁹⁶, Bezzi⁴⁹⁷, Fiorini⁴⁹⁸, Dromi⁴⁹⁹, entre otros, se refieren a esta modalidad del contrato de obra pública, que es la de más frecuente uso, también es llamada de unidad de medida o serie de precios, la cual se hace consistir en el establecimiento de un precio por cada concepto de trabajo del total que integran una obra pública, de modo tal que el costo total de la obra es determinado por cada precio unitario multiplicado por el volumen determinado para cada uno de ellos y la suma de estas cantidades.

⁴⁹³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 246.

⁴⁹⁴ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Pág. 101.

⁴⁹⁵ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 352.

⁴⁹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit., Pág. 709.

⁴⁹⁷ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 21 y 22.

⁴⁹⁸ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 623 y 624.

⁴⁹⁹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 344.

Técnicamente lo que se hace es cuantificar o medir el proyecto ejecutivo de una obra pública, el cual está conformado por los proyectos arquitectónico y de ingeniería, determinado los conceptos de trabajo que es necesario ejecutar, para la total terminación de la obra, así como el volumen de cada uno de ellos, como resultado de lo anterior, se elabora el llamado catálogo de conceptos de obra, que es un resumen de los conceptos y volúmenes de obra a ejecutar en cada caso.

En los artículos 59 octavo párrafo, de la LOPSRM, y el 158 del RLOPSRM, se establece que los catálogos de conceptos de los contratos celebrados sobre la base de precios unitarios, únicamente podrán contener dos tipos o clases de precios unitarios, los originales y los adicionales, los primeros son los que sirven de base para la adjudicación de los contratos y con ellos se pagan tanto los volúmenes originalmente previstos como los extraordinarios; los segundos son los correspondientes a los conceptos de obra no previstos originalmente en el catálogo de conceptos, que sirvió de base para adjudicar el contrato, los cuales han de ser previamente conciliados por las partes y autorizados por el ente estatal, celebrando el convenio que en derecho corresponda.

El segundo párrafo del artículo 1 del RLOPSRM, en sus fracciones VI, VII, VIII, X, y XI, establece lo que ha de entenderse por proyecto arquitectónico, proyecto de ingeniería, especificaciones generales de construcción, especificaciones particulares de construcción y normas de calidad, determinado lo siguiente:

“Para los efectos de este Reglamento se aplicarán las definiciones establecidas en el artículo 2 de la Ley. Asimismo, se entenderá por:

- VI. Especificaciones generales de construcción: el conjunto de condiciones generales que las dependencias y entidades tienen establecidas para la ejecución de obras, incluyendo las que deben aplicarse para la realización de estudios, proyectos, ejecución, equipamiento, puesta en servicio, mantenimiento y supervisión, que comprenden la forma de medición y la base de pago de los conceptos de trabajo;
- VII. Especificaciones particulares de construcción: el conjunto de requisitos exigidos por las dependencias y entidades para la realización de cada obra, mismas que modifican, adicionan o sustituyen a las especificaciones generales;
- VIII. Normas de calidad: los requisitos mínimos que, conforme a las especificaciones generales y particulares de construcción, las dependencias y entidades establecen para asegurar que los materiales y equipos de instalación permanente que se utilizan en cada obra, son los adecuados;

- X. Proyecto arquitectónico: el que define la forma, estilo, distribución y el diseño funcional de una obra. Se expresará por medio de planos, maquetas, perspectivas, dibujos artísticos, entre otros, y
- XI. Proyecto de ingeniería: el que comprende los planos constructivos, memorias de cálculo y descriptivas, especificaciones generales aplicables y particulares que permitan llevar a cabo una obra civil, eléctrica, mecánica o de cualquier otra especialidad.”

Desde el punto de vista de la ingeniería de costos y del derecho, el precio unitario, es una técnica a través de la cual se ha reducido a su mínima expresión, si no es que ha suprimido, la aplicación del principio de riesgo y ventura, en el contrato de obra pública, ya que consiste en establecer tanto la cantidad de mano de obra, materiales, maquinaria, equipo y herramientas que son requeridas para la ejecución de un concepto de obra determinado, además del tiempo requerido para su realización, asimismo, contiene una expresión de cantidades en forma porcentual, que permanece fija para todos y cada uno de los precios unitarios, que representa la determinación proporcional en que los costos indirectos, cargos utilidad, financiamiento y adicionales, inciden en la ejecución de cada concepto de trabajo. Con lo anterior, se evita en la medida de lo posible que el particular contratista, al formular su propuesta incurra en omisiones que posteriormente le podrían implicar erogaciones no previstas que aumenten el área de riesgo o alea empresaria, toda vez, que siguiendo este procedimiento únicamente es factible que incurra en errores de cálculo que de conformidad con el artículo 1814 del Código Civil Federal, sólo dan lugar a su rectificación, ya que otro tipo de omisiones como la cantidad o tipo de mano de obra, materiales, maquinaria, equipo y herramientas de construcción, así como, únicamente podrían responder a actos negligentes por parte del contratista, lo cual, en estricto sentido debiese determinar el desechamiento de la propuesta por incumplimiento técnico en la conformación de los precios unitarios.

La LOPSRM, establece las reglas a que se sujeta esta modalidad de contratación en sus artículos 33, fracción XX, y 45, fracción II, en el último de estos, define a los contratos a base de precios unitarios señalando que en ellos el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado. Además como ya fue expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, el RLOPSRM, dedica su sexto capítulo al tema del análisis, cálculo e integración de los precios unitarios, que comprende del artículo 154 al 189, en el primero de ellos define a los precios unitarios, como la cantidad que debe pagarse al contratista por unidad de

concepto terminado, ejecutado conforme al proyecto, especificaciones de construcción y normas de calidad, y especifica que éste se integra con los costos directos, los indirectos, el costo por financiamiento, y los cargos por utilidad y adicionales, cuyos conceptos ya fueron expuestos en el capítulo tercero de este trabajo al hacer referencia al contenido de los pliegos de requisitos o bases de la licitación, por lo que para evitar repeticiones me remito a lo expuesto entonces.

Dada la importancia de la técnica establecida para integrar los precios unitarios dicha norma, en su artículo 155, determina que los precios unitarios que formen parte de un contrato o convenio para la ejecución de obras o servicios deberán analizarse, calcularse e integrarse tomando en cuenta los criterios establecidos tanto en la LOPSRM como en el RLOPSRM, así mismo, aclara que la enumeración de los costos y cargos mencionados en dicho capítulo para el análisis, cálculo e integración de precios unitarios, tiene por objeto cubrir en la forma más amplia posible, los recursos necesarios para realizar cada concepto de trabajo. Igualmente determina que el análisis, cálculo e integración de los mismos para un trabajo determinado, debe guardar congruencia con los procedimientos constructivos o la metodología de ejecución de los trabajos, con los programas de trabajo, de utilización de personal y de maquinaria y equipo de construcción; debiendo considerar los costos vigentes de los materiales, recursos humanos y demás insumos necesarios en el momento y en la zona donde se llevarán a cabo los trabajos, sin considerar el Impuesto al Valor Agregado, todo ello de conformidad con las especificaciones generales y particulares de construcción y normas de calidad que en cada caso sean determinados por los entes estatales.

Además, se determina que los precios unitarios de los conceptos de trabajo deberán expresarse por regla general en moneda nacional, salvo en aquellos que necesariamente requieran recursos de procedencia extranjera, en cuyo caso autoriza a los entes estatales, previa justificación, a cotizar y contratar en moneda extranjera. Igualmente determina que las unidades de medida de los conceptos de trabajo, deberán corresponder al Sistema General de Unidades de Medida, el cual es determinado por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; sin embargo, establece como excepción que cuando por las características de los trabajos y a juicio del ente estatal contratante se requiera utilizar otras unidades técnicas de uso internacional, éstas podrán ser empleadas.

En este caso el pago de la obra ejecutada se realiza efectuando una cuantificación de los conceptos y volúmenes de obra ejecutados en un plazo determinado, al respecto la fracción IX del artículo 1º del RLOPSRM, establece que las llamadas certificaciones de obra por la doctrina jurídica, denominadas estimaciones en nuestra legislación, como los documentos en que consta la valuación de los trabajos ejecutados en el periodo pactado, que generalmente es de un lapso de treinta días naturales, aplicando los precios unitarios a las cantidades de los conceptos de trabajos realizados, para efecto de su pago, considerando, en su caso, la amortización de los anticipos y los ajustes de costos;

4.6.2.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIO ALZADO.

Esta modalidad de contratación de obra pública es muy similar al contrato civil denominado contrato de obras a precio alzado, mismo que Pérez Fernández del Castillo⁵⁰⁰ define como aquel por medio del cual el empresario o contratista, se obliga a realizar y transmitir al dueño una obra con materiales propio y bajo su dirección, tomando a su cargo todos los riesgos de la misma y este último se obliga a pagar una remuneración, lo cual seguramente es la razón por la cual se afirma que en estricto sentido el contrato de obra pública es una *locatio operis*.

En general la opinión doctrinaria expresada por tratadistas como Fernández Ruiz⁵⁰¹, Canals Arenas⁵⁰², Parada⁵⁰³, García de Enterría y Fernández⁵⁰⁴, Bezzi⁵⁰⁵, Fiorini⁵⁰⁶, Dromi⁵⁰⁷, entre otros, se refieren a esta modalidad del contrato de obra pública, afirmando con justa razón que se trata de una particularidad contractual relativa a la forma y momento en que se efectúa el pago de la contraprestación a favor del contratista. En general dicha doctrina ha señalado que esta forma del contrato de obra pública consiste en establecer un monto global y fijo por la realización de una obra, lo cual obliga a que en la ejecución de la obra de que se trate no existan modificaciones ni adiciones al proyecto, ya que ello implicaría pérdidas o ganancias no previstas por el contratista, esto es, a diferencia de la técnica del precio unitario, esta modalidad permite una aplicación casi

⁵⁰⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Op. Cit. Pág. 283.

⁵⁰¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 245.

⁵⁰² Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 103 y 104.

⁵⁰³ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 352.

⁵⁰⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit., Págs. 709 y 710.

⁵⁰⁵ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit., Pág. 20.

⁵⁰⁶ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit., Págs. 624 y 625.

⁵⁰⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 344.

plena del principio de riesgo y ventura, pues como se ha dicho el precio establecido es único, total, inmóvil, e invariable durante la vigencia del contrato, por tanto, cualquier variación en el mismo, implicará una pérdida o una ganancia para el contratista, por lo que incluso esta circunstancia le ha ganado críticas a este contrato, en el sentido de que ante la posibilidad del menoscabo en el patrimonio del contratista, seguramente éste preferirá el uso de materiales y mano de obra de menor calidad a la especificada, lo cual es en detrimento del Estado.

Afirmé en el tercer capítulo de este trabajo, que en estricto sentido lo que se ha pretendido hacer es darle una total independencia a esta modalidad de contratación, lo cual es un grave error del legislador, pues en esencia este contrato no es diferente al de precios unitarios, lo que acontece, es que por el acuerdo de las partes se establece un precio fijo por la realización de los trabajos, sin que éste sea susceptible de la aplicación de la teoría de la imprevisión en su vertiente de ajuste de costos, aunque para algunos autores como Canals Arenas⁵⁰⁸, Bezzi⁵⁰⁹, y Fiorini⁵¹⁰, esto no es así, por lo que a éstos contratos también debe aplicárseles el ajuste de costos, pero al margen de esto, en realidad lo que sucede es que para establecer el costo de una obra pública, en estricto sentido no existe otra técnica que la de los precios unitarios, pues de lo contrario a lo que se enfrenta éste, es a que los contratistas no realicen ninguna actividad técnico económica que demuestre su capacidad y experiencia en la formulación de la propuesta, ya que bastará conocer costos promedio por metro cuadrado de tipo de construcción, e incluso una simple noción, para en su caso, señalar que tal o cual obra, conforme a los planos proporcionados tiene una cantidad determinada de metros cuadrados, por tanto considerando su naturaleza, (hospital, escuela, oficinas públicas, carretera, línea de conducción de agua potable o negra, etc.), tiene un costo determinado, el cual al ser multiplicado por el total de metros cuadrados de la construcción dará como resultado una propuesta de precio alzado por dicha construcción, para lo cual, considerando la aplicación del principio de riesgo y ventura, ante la eventualidad de que el precio ha de permanecer fijo e invariable, lo más sencillo será cubrir esa posibilidad incrementando artificialmente el costo promedio por metro cuadrado.

⁵⁰⁸ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Pág. 104.

⁵⁰⁹ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Pág. 20.

⁵¹⁰ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 624 y 625.

Con lo antes expuesto, se demuestra se torna imposible que el Estado, al substanciar un procedimiento de licitación pública, para la celebración de un contrato de obra pública a precio alzado, llegue, alguna vez, a obtener las mejores condiciones de mercado disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, como lo ordena el artículo 134 constitucional, pues seguramente las propuestas serán caras y lejanas a las imperantes en el mercado.

En cuanto al momento de efectuar el pago del precio total de la obra, puede acordarse que éste sea efectuado en un sólo pago al finalizar los trabajos, con lo cual se incrementará el costo financiero de los mismos, o bien, en parcialidades que podrán acordarse realizar en ciertos lapsos o bien en ciertos momentos. Esto es, los pagos pueden efectuarse en fechas preestablecidas o bien contra el avance real de los trabajos, compulsado contra el programa de ejecución de los trabajos, en ciertos momentos que pueden ser periódicos.

La fracción IX del artículo 1º del RLOPSRM, señala que en los contratos a precio alzado estimación o certificación de obra ejecutada, consiste en la valuación de los trabajos realizados en cada actividad de obra conforme a la cédula de avance y al periodo del programa de ejecución. Al igual que en el caso del contrato a precios unitarios, la estimación a certificación de obra ejecutada, es el documento en el que se consignan las mencionadas valuaciones, para efecto de su pago, considerando, en su caso, la amortización de los anticipos. Por su parte la LOPSRM, en su artículo 45, fracción II, define a los contratos de obra pública a precio alzado, como aquellos en los que el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

El RLOPSRM, regula este contrato en sus artículos 190 a 197, estableciendo entre otras cosas que: cuando las características, magnitud y complejidad de los trabajos que se vayan a realizar lo requieran, los órganos estatales, desde la formulación del pliego de requisitos o bases de la licitación, para efecto de medición y de pago, de los trabajos ejecutados, podrán dividir los trabajos en actividades principales de obra, en cuyo caso la responsabilidad del contratista subsistirá hasta la total terminación de los trabajos, y define a éstas como el conjunto de acciones que deben ser ejecutadas totalmente en un periodo y por un monto establecido por el licitante en su propuesta, en congruencia con

las bases de licitación y determinadas por las unidades de medida definidas en las propias bases y en el contrato.

Así mismo, sin que esto tenga nada que ver con el establecimiento de la modalidad en el establecimiento del precio y su forma de pago, la norma en un afán inexplicable por diferenciar o sustantivar al contrato a precio alzado del de precios unitarios, señala que las actividades a desarrollar en estos contratos, en todos los casos, deberán referirse a acciones generales, esto es, evita que las partidas constructivas se analicen a detalle como en el caso del contrato a precios unitarios, asimismo, exige que las acciones generales a desarrollar sean coincidentes entre sí y congruentes con la red de actividades, la cédula de avances y pagos programados y el programa de ejecución, principalmente en lo que se refiere a la duración, holguras y plazo de inicio y término de cada actividad. Para que ello sea factible obliga al uso de los documentos antes señalados los cuales define como a continuación se detalla:

Red de actividades.- Se define como la representación gráfica del proceso constructivo que debe seguir el contratista para realizar los trabajos, en la que se deberán contemplar las actividades a realizar, indicando su duración y secuencia de ejecución, así como las relaciones existentes con las actividades que las anteceden y las que le proceden, a efecto de calcular las fechas de inicio y de terminación y las holguras de cada una de ellas, debiendo establecer una ruta crítica, lo cual implica hacer el señalamiento del momento o momentos en que se requerirá de mayor uso de mano de obra, materiales, maquinaria y equipo de construcción, así como la sucesión de secuencias constructivas, a efecto de que no se den atrasos que impliquen el incumplimiento del plazo establecido. De lo anterior puede concluirse que en estricto sentido la red de actividades no es otra cosa que el programa calendarizado de ejecución de los trabajos sin la expresión de montos e importes, como el que se formula en los contratos a precios unitarios, por lo que insisto, en este caso la norma simplemente cambió el nombre de pago ya existente, con la finalidad de diferenciar lo que es igual, pues en todo caso se trata de crear artificialmente una distinción substancial entre ambos contratos, cuando su única divergencia estriba en que el precio es fijo y los momentos en que debe ser pagado al contratista.

Cédula de avances y de pagos programados.- Se la describe como una tabla o matriz en la que el contratista muestra todas las actividades que le representan un costo, debiendo



definir las cantidades y el importe de trabajos a ejecutar mensualmente, a efecto de reflejar el avance físico y financiero que tendrán los mismos. En el caso de la cédula de avances, nuevamente estamos ante algo ya conocido, un programa de ejecución con el señalamiento de montos e importes a ejecutar por períodos mensuales, tal como los conocemos en los contratos a precios unitarios, con la única particularidad de que en lugar de detallar los conceptos de obra a ejecutar, sólo se hace la indicación de las partidas constructivas a realizar, como muchas veces se hace en los referidos contratos basados en precios unitarios, por lo que habrá de concluir que en el caso la diferencia sólo estriba en el nombre, por esa insistencia en sustantivar lo adjetivo, pues en este contrato a precio alzado, lo único diferente debe ser la determinación del precio, así como la forma y términos en que se efectuará el pago.

Programa de ejecución de los trabajos.- El RLOPSRM, lo describe como el documento en el cual el contratista debe desglosar las actividades principales de obra a realizar y representarlas en forma gráfica, mediante diagrama de barras, señalando las fechas de inicio y terminación, así como el período de duración de cada actividad, que debe conformar el total en que se realizará la obra o servicio de que se trate. Para efecto de un mayor seguimiento y control de las actividades constructivas, se permite que las actividades principales de obra puedan desglosarse en subactividades o subpartidas constructivas, sin que esto afecte la estructura de la red de actividades ni las cantidades y costos indicados en las cédulas de avances y de pagos programados que sirvieron de base para adjudicar el contrato respectivo, esto es, la inclusión de subactividades o subpartidas, ha de ser un acto de congruencia con los demás documentos ya señalados, sin que en estricto sentido nada impida que aquellos también las contengan.

Desglose de las actividades constructivas o de prestación de servicios.- Debe estructurarse de forma tal que permita una evaluación objetiva de los avances físicos y financieros de los trabajos, mismo que ha de ser congruente con los programas de ejecución, utilización y suministros; esto con la finalidad de que oportunamente se detecten las desviaciones y se analicen las posibles alternativas de solución. En el supuesto de que dichas desviaciones no afecten el costo o el plazo de los trabajos pactados en el contrato, la norma autoriza a efectuar una revisión a la llamada red de actividades para efecto de modificarla y estructurar las medidas correctivas que permitan el cumplimiento del contrato.

Con el propósito asegurar el debido cumplimiento de este tipo de contratos la norma obliga a los entes estatales a establecer en los contratos, los mecanismos necesarios para vigilar, controlar y supervisar la realización de los trabajos, a efecto de que los contratistas cumplan con lo estipulado en el mismo, principalmente en lo que se refiere, entre otros, a los aspectos tales como: La calidad requerida en los materiales y equipos de instalación permanente; los proyectos de ingeniería y arquitectura; las especificaciones generales y particulares de construcción; los programas de ejecución de los trabajos, de utilización de mano de obra y de maquinaria, y de suministro de materiales y equipo de instalación permanente; la relación del equipo y maquinaria de construcción; el procedimiento constructivo, y el presupuesto de obra.

Finalmente la norma señala que cuando se contraten servicios relacionados con la obra pública a precio alzado, a dichos contratos le serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones antes comentadas. Es importante destacar que en el artículo 59 de la LOPSRM, se establece expresamente la prohibición de aplicar la teoría de la imprevisión en su vertiente del sistema de ajuste de costos a los contratos a precio alzado, pero en forma innovadora permite la aplicación de esta teoría en su concepción original al señalar:

“...cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza, se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la propuesta que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son, entre otros: variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa originalmente pactado; las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones.”

Por último, debo insistir en que el uso de esta modalidad de contratación no debe implicar el renunciar a la técnica de los precios unitarios, pues con ella existe una certeza del noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento, en cuanto a los trabajos que deben realizarse y el sustento de los pagos a que tiene derecho la contratista, con anterioridad, la norma preveía que la ejecución de proyectos integrales o llave en mano, fuese contratada bajo el esquema de precio alzado (Ley de Adquisiciones y Obras Públicas), seguramente tomando en cuenta que al momento de la contratación no estaba definido el

noventa por ciento de los trabajos a ejecutar en forma detallada, ya que dichos proyectos consisten (artículo 3º fracción III de la LOPSRM) en que el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología, esto es, se contrata contando con los proyectos arquitectónico y de ingeniería desde el punto de vista conceptual, los cuales definen de forma general al proyecto, pero el contratista debe desarrollar toda la ingeniería básica y detalle para después ejecutar la obra desde su inicio hasta su terminación, realizando en caso de ser necesario, las pruebas y puesta en marcha de los equipos electromecánicos con que esté equipada, dejando la obra en funcionamiento.

Abundando en lo anterior, ha de tenerse presente que si bien las obligaciones no pueden ser indeterminadas, si lo pueden ser determinables, por lo que en la medida en que se desarrolla un proyecto integral, todas y cada una de sus partes son determinables a detalle, esto es son susceptibles de la aplicación de la técnica de los precios unitarios, la cual no sólo tiene la ventaja para el contratista de evitar la aplicación más rigurosa del principio de riesgo y ventura, sino que para el caso de los entes estatales, es sinónimo de mayor legalidad y transparencia en el ejercicio del gasto público, ya que en la medida en que existan pagos por conceptos globalmente considerados, existirá una área gris, en la que pueden desarrollarse con comodidad la corrupción y la connivencia.

4.6.3.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA MIXTO.

Esta modalidad de contratación es una innovación de la LOPSRM, la cual en su artículo 45 fracción III, define como aquellos en los cuales las partes acuerdan que una parte de los trabajos sea establecida sobre la base de precios unitarios y la otra, a precio alzado, por lo que en estricto sentido, como lo señala el artículo 198, del RLOPSRM a estos contratos les son aplicables tanto las formas que regulan el contrato a precios unitarios, como las que rigen el establecido a precio alzado, para las partes acordadas pagar bajo la modalidad de cada tipo de contrato. Para cumplir con lo anterior, resulta indispensable que sea en cada contrato en donde se determine con precisión las actividades que correspondan a cada uno de estos tipos, a efecto de que no exista confusión en lo que se vaya a ejecutar a precio unitario con lo convenido a precio alzado, debiendo realizar los trabajos conforme a un proceso sincrónico, concordante y congruente.

Como una innovación más, el artículo 199 del RLOPSRM, establece que cuando los órganos del Estado requieran de la ejecución de proyectos integrales, o llave en mano, preferentemente deberán celebrar contratos mixtos, pero como se observa, la norma no es imperativa, sino que deja en el ámbito discrecional de los servidores públicos, la determinación de celebrarlos bajo las otras dos modalidades, aun que claro está, en el caso de los precios unitarios, existirá mayor transparencia en la decisión tomada, pero la imposibilidad técnica de cotizarlos al cien por ciento. Como ha quedado indicado, apenas unos párrafos atrás, el artículo 3º fracción III, de la LOPSRM, determina que los contratos cuyo objeto sea la ejecución de proyectos integrales, son aquellos en los cuales el contratista se obliga a realizar desde el diseño de la obra hasta la total terminación de la misma, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología, además claro está todas las pruebas y puesta en marcha de los equipos electromecánicos que en su caso hayan sido instalados, entregándola en condiciones de operación.

4.6.4.- EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR ADMINISTRACIÓN O A COSTE Y COSTAS.

En general esta modalidad de contratación ha sido analizada por autores como Fernández Ruiz⁵¹¹, Dromi⁵¹², Fiorini⁵¹³, y Bezzi⁵¹⁴, quienes en general señalan que este contrato de obra pública consiste en que el Estado encomienda a un contratista la realización de una obra, para lo cual éste tiene la obligación de adquirir los materiales y proporcionar la mano de obra necesaria para ello, mientras el primero se compromete a reintegrarle los gastos realizados más un porcentaje por concepto de utilidad, sin que disminuya la responsabilidad del contratista por resultado final, que debe ser la obra totalmente terminada.

En estos contratos el pago realizado al contratista está integrado por dos componentes el coste y las costas, el primero de ellos consiste en lo que en la técnica de los precios unitarios se conoce como costos directos, (mano de obra, materiales, maquinaria, equipo y herramienta de construcción), además de otros costos como los indirectos y el

⁵¹¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 246 y 247.

⁵¹² Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 344.

⁵¹³ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 625 y 626.

⁵¹⁴ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 22 y 23.

financiamiento; el segundo componente o costas se hace consistir en la utilidad que corresponde al contratista por la realización de los trabajos.

En la legislación federal este contrato no está regulado, como ya se indicó, únicamente se contempla la realización de obras por administración directa, en donde se excluye cualquier participación de los particulares; sin embargo, en el caso de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 29 de diciembre de 1998, el artículo 44, fracción III, establece que los contratos por administración, son aquellos en los que el importe de la remuneración que deberá cubrirse al contratista, se efectuará a través del pago de comprobantes, facturas, y nómina pagada, además de un porcentaje de indirectos sobre lo anterior, esto es, en este caso el coste únicamente incluye lo que en la técnica de los precios unitarios es conocido como el costo directo de los trabajos y las costas está representado por los costos indirectos considerados en una expresión de amplio sentido, ya que en ellos ha de incluirse los costos indirectos en sentido restringido, los cargos por financiamiento, utilidad y adicionales, lo que sin lugar, a dudas, obliga a que el procedimiento de asignación de este tipo de contratos sea la adjudicación directa, lo que por otra parte restringe su utilización para casos muy específicos, como los trabajos originados por emergencias producidas por desastres naturales.

Al respecto, el Reglamento de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 30 de diciembre de 1999, en su artículo 81, en concordancia con lo antes expuesto, establece que la celebración de este tipo de contratos debe restringirse a los casos que se refieran a trabajos en que no sea posible determinar específicamente y con anticipación a su ejecución, cuales serán los conceptos de trabajos susceptibles a realizar, los alcances del trabajo, sus unidades de medición y otros, por lo que se requerirá que la dirección y control sobre los mismos sea exhaustiva mediante una supervisión en la que el contratista ha de ser verificado en cuanto a los trabajos precisamente desarrollados, los elementos utilizados, materiales y piezas ocupados, equipamiento y personal empleados, los cuales deberán estar debidamente contabilizados y sustentados con la documentación correspondiente para que en función de esto se pueda fijar la base para el cálculo de la administración y de allí el pago total.

La normativa también establece que debe optarse por esta modalidad de contratación en los casos en que exista como antecedente una licitación pública, de magnitud importante, en la que por omisiones en el proyecto ejecutivo, surjan trabajos no considerados en el contrato original, en los que resulte conveniente a los órganos del distrito federal, tanto desde el punto de vista administrativo, como del control y dirección de la obra, llevar a cabo el control de los trabajos extraordinarios bajo esta modalidad.

Con la finalidad de evitar actos de corrupción y connivencia, la norma establece que será obligación de la supervisión de la obra, que su actividad no se limite al registro y la contabilidad de los recursos asignados, sino que además deberá ejercer una auténtica dirección y control sobre la obra mediante acciones de orientación y coordinación con la contratista ejecutora de los trabajos, respecto de la forma de asignar los recursos con un enfoque de optimización de los mismos, a efecto de una mejor administración de los mismos disminuyendo al mínimo los costos de cada actividad constructiva, con la finalidad de que los entes estatales los resultados deseados con una inversión mínima.

En mi opinión esta modalidad del contrato de obra pública, debe ser adoptada por la legislación federal, ya que las más de las veces, en la práctica, ante desastres naturales las autoridades federales se ven obligadas a contratar, con recursos previstos en el Fondo de Desastres Naturales (FONDEN), (creado en 1996), las obras de emergencia para superar los daños inmediatos ocasionados por los siniestros, en los artículos 14 y 29 de la Ley General de Protección Civil, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de mayo de 2000, se establece que en caso de que se presente una situación de emergencia las autoridades municipales, delegacionales y locales son las obligadas a iniciar las acciones de protección civil y ayuda a los damnificados, en caso de que vean superada su capacidad de respuesta deben solicitar el apoyo de las autoridades federales, debiendo actuar todas en debida coordinación, pero será responsabilidad de los entes federales atender los efectos generados por un desastre en el patrimonio de la Federación, y en su caso, de coadyuvar con los gobiernos de las entidades federativas.

Así mismo, en las Reglas de Operación del Fondo de Desastres Naturales, emitidas el 14 de marzo de 2002 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de marzo de 2002, los artículos 9, 10, 12, 14, 15, 16, 45, 50, 54, 55, 86, 87 y 90, se determina entre otras cosas, que dicho fondo es un mecanismo financiero para que el Gobierno Federal,

en caso de desastres naturales, tenga la capacidad financiera, apoyar, en forma complementaria, dentro de una determinada zona geográfica, la reparación de daños de los bienes públicos; mitigar los daños a los activos productivos y a las viviendas de la población de bajos ingresos, sin posibilidades de contar con algún tipo de aseguramiento público o privado; apoyar de manera transitoria a los órganos del Estado en la reparación de infraestructura asegurada, mientras reciben el pago de los seguros, en su caso, cubrir el diferencial resultante entre los reembolsos de los seguros y el costo de la restitución de las obras federales afectadas, con excepción de los deducibles; además de que podrá usarse en el apoyo a los gobiernos local, y municipal en acciones similares. Esto es, en esencia se trata de un fondo financiero para la realización de obras públicas emergentes que tengan por objeto restaurar los daños ocasionados por fenómenos naturales.

Como resulta lógico, los apoyos deben estar dirigidos fundamentalmente a la ejecución de trabajos de reparación o restitución total o parcial, de los bienes del dominio público y privado de la federación y de las entidades federativas, cuyo propósito será dejar a la infraestructura pública en condiciones operativas similares a las que prevalecían antes del siniestro. Además en dichos trabajos se deben incluir, en la medida de lo posible, medidas de mitigación para daños futuros, a través de normas de diseño o construcción que reduzcan su vulnerabilidad. Asimismo, las acciones de reconstrucción podrán incluir modificaciones técnicas a la infraestructura dañada, cuando ello así se justifique. Igualmente se podrán destinar recursos del FONDEN para realizar estudios y proyectos cuando las características técnicas de la obra lo ameriten.

Fundamentalmente, las acciones de reparación o restitución total o parcial, de la infraestructura física, deben dirigirse al restablecimiento de las vías de comunicación que impliquen facilitar el movimiento de personas y bienes, incluyendo la limpieza inmediata y urgente de escombros y derrumbes en calles, caminos, carreteras y accesos, así como para el restablecimiento del servicio eléctrico y el abastecimiento de agua.

En las propuestas de acciones para la reparación de daños, los entes estatales, entre otras cosas deben señalar expresamente: La relación y cuantificación única de los daños a la infraestructura pública, señalando, en su caso, si se trata de infraestructura federal, estatal o municipal, y del Distrito Federal, y las acciones propuestas para repararla, o de las ya realizadas en los términos de las presentes Reglas; la delimitación de las acciones

M

que realizan la Federación y las entidades federativas, con el objeto de evitar la duplicidad de esfuerzos y recursos y el tiempo estimado por sector que se llevarán en las acciones para reparar o reintegrar los daños causados por el desastre, y la relación y cuantificación de los daños causados por el desastre en los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos; en los presupuestos de obras deberán incluirse los correspondientes a estudios, proyectos arquitectónicos y de ingeniería civil y de supervisión de obra, los cuales forman parte del costo integral de las obras a ejecutar.

Además para efecto de determinar la cuantía de los daños y la magnitud de la obra a realizar, los entes estatales deberán efectuar valuaciones y cuantificaciones físicas y monetarias a través de peritos valuadores, ya sean internos o externos, quienes deberán tomar en cuenta tanto las condiciones físicas en que se consideraba se encontraba el bien siniestrado previo al desastre, así como la antigüedad del mismo; como los daños sufridos a causa del desastre natural, diferenciándolos de aquellos derivados de omisiones en la realización de acciones de mantenimiento y conservación.

Es obligación de los entes estatales tanto federales, como locales, que ejecuten obras con cargo a los recursos del FONDEN, contratarlas, ejecutarlas y controlarlas con estricto apego a la LOPSRM, y el RLOPSRM, especificando las actividades que por su urgencia, deban considerarse como casos de excepción a la licitación pública, así como ejecutar el programa de reparación, restitución y apoyo a damnificados en el ámbito de su competencia, enfatizando las prioridades vinculadas con las soluciones de las situaciones de mayor impacto. Considerando lo anterior y que en las fracciones II y V, del artículo 42 de la citada ley, se establece que es posible recurrir a los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa, en los casos en que 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; o cuando como consecuencia de dichos eventos, no sea posible ejecutar los trabajos mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto deberá limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla.

En este último caso, es cuando la modalidad de contratación más viable resulta ser el contrato de obra pública a coste y costas, no previsto en dicha norma, lo cual obliga a los

MA

entes estatales federales, a realizar negociaciones y procedimientos muy tediosos para establecer los precios unitarios que han de ser aplicados a los contratos que celebren para superar la emergencia, lo cual trae como resultado o una lenta formalización de los contratos y un pago tardío, que las más de las veces obliga a las empresas aun financiamiento total de las obras, lo cual constituye una carga adicional, no compensada económicamente, o bien, la celebración de los contratos con presupuestos generales presentados por las contratistas, que después de terminados los trabajos, son modificados en casi un cien por ciento, por lo que insisto, en que el mecanismo más conveniente resulta ser el que se comenta.

4.6.5.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

Concerniente a la reiterada afirmación que he hecho en el sentido de que la concesión de obra pública es una más de las modalidades en que puede ser celebrado el contrato de obra pública, en estricto sentido no es una opinión propia, en realidad sólo me he limitado a reiterar lo que la doctrina jurídica ha señalado al respecto. Efectivamente, autores como García de Enterría y Fernández⁵¹⁵, Parada⁵¹⁶, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵¹⁷, Bezzi⁵¹⁸, Fiorini⁵¹⁹, Dromi⁵²⁰, y Escola⁵²¹, entre otros, coinciden en señalar que el contrato de concesión de obra pública, es aquel en el que el Estado encomienda a un particular llamado contratista-concesionario, la realización de una obra pública hasta su total terminación, otorgando como contraprestación la facultad de explotar dicha obra por un plazo determinado, por lo que su retribución la obtendrá del cobro de las cuotas, tarifas o peaje, que requiera a las personas que la utilicen.

De lo anterior, claramente puede observarse que la obligación principal del particular a quien se encomienda la realización de la obra permanece invariable, ya que consiste en ejecutar la obra requerida por el Estado hasta su total terminación; lo que varía en este contrato, es la forma en que se acuerda el pago de la obra, pues en este caso, ella es financiada al cien por ciento por el particular contratista, no sólo eso, sino que no recibe la

⁵¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 710 y 711.

⁵¹⁶ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 352.

⁵¹⁷ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 147 a 149.

⁵¹⁸ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 23 a 25.

⁵¹⁹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 622 a 623.

⁵²⁰ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 364 a 367.

⁵²¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 789 a 791.

retribución por su trabajo al terminar la obra, sino que a partir de ese momento ha de explotar la obra por un lapso determinado, que en nuestro país varía de los diez hasta los treinta años, sin embargo, en otros países como España, el plazo de las concesiones llega a ser de hasta noventa y nueve años, y durante todo ese tiempo, el particular adquiere el derecho a cobrar de quienes usen la obra una cantidad determinada, por lo que recibe su contraprestación en forma atomizada.

Es importante destacar que en estricto sentido lo que acontece en estos casos en que el Estado recurre a una forma de financiamiento que no afecta al erario público, pues éste no tiene otra obligación que proveer el terreno sobre el cual ha de ejecutarse la obra pública, vigilar que la misma se realice conforme a lo determinado técnicamente por ella, o bien, atendiendo las especificaciones generales y particulares que haya propuesto el particular en su oferta, y finalmente otorgar la obra en concesión para efecto de que el particular la explote por un lapso determinado, sin que tenga que estructurar una organización como en los contratos de servicio público, en donde en su caso la ejecución de obras sólo constituye obligaciones paralelas o adicionales a la principal que consiste en la prestación de un servicio público. En el caso del contrato de concesión de obra pública, el resultado de la actividad del particular ha de ser una obra que sirve para ser explotada en las condiciones en que terminada, sin que existan otras obligaciones paralelas que las de una pequeña organización para el cobro del peaje o cuotas y las acciones de mantenimiento para conservar la obra en perfectas condiciones de funcionamiento durante todo el tiempo que dure la concesión y aún después de terminada ésta.

Si bien es cierto que la segunda etapa de este contrato resulta ser mucho más compleja, lo cierto es que esencialmente sólo constituye una forma de financiamiento y pago distinto, pero el objeto principal del contrato es el mismo, la realización de una obra pública hasta su total terminación. Es importante destacar que en el caso de la LOPSRM, no se contempla la regulación de este contrato, la cual es dejada a otras normas jurídicas, sin embargo, dada su esencia jurídica, en mi opinión debiera ser regulado por ella, un ejemplo de esto es lo que en España la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995 del 18 de mayo de ese año, en ya regula este contrato como una modalidad del contrato de obra pública en sus artículos 130 a 134, ubicándolo dentro del título dedicado al contrato de obras públicas.

4.7.- ETAPAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Tanto en el capítulo segundo como tercero de este trabajo, ya hice clara referencia a la existencia del proceso administrativo público, en ese sentido, tal vez sólo baste recordar que por tal ha de entenderse al conjunto de acciones interrelacionadas e interdependientes que conforman la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo de administración e involucra diferentes actividades tendientes a la consecución de un fin a través del uso óptimo de recursos humanos, materiales, financieros y tecnológicos, la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, se conforma de las etapas de planeación, programación, presupuestación, control y evaluación del gasto público, así mismo, ha de tenerse presente que desde el año de 1980, las normas que han regulado la obra pública en su artículo primero han indicado que su objeto consiste en regular el proceso administrativo público concerniente a la obra pública, no sin que en su oportunidad dichas normas hayan errado al señalar que entre esas fases o etapas del proceso en comento se encontraban la conservación, el mantenimiento y la demolición de las obras públicas, además de la ejecución de las mismas.

Actualmente, el artículo 1º de la LOPSRM, con toda propiedad, establece, además de señalar que es de orden público, que su por objeto consiste en regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen los entes estatales que la misma determina, como puede observarse, en el caso de las obras públicas además de las etapas usuales del proceso administrativo público, a las que sólo ha de añadirse la de contratación, atendiendo a que la forma más frecuente de realizar las obras públicas es mediante la celebración de contratos de obra pública, cuyas modalidades ya han sido analizadas.

4.7.1.- LA PLANEACIÓN.

Por lo que hace a las actividades que implica la planeación de las obras públicas y el contexto constitucional en que ha de entenderse el desarrollo de esta actividad, ya en los capítulos primero, segundo y tercero de este trabajo hice referencia a ello, por lo tanto,

sólo me resta indicar que en general esta actividad ha de conceptuarse como la etapa inicial del proceso administrativo público, en la cual, se establecen directrices, se definen estrategias y se seleccionan alternativas y líneas de acción, en función de los objetivos y metas generales en materia de obra pública; tomando en consideración la disponibilidad de recursos reales y potenciales que permitan establecer un marco de referencia necesario para concretar programas y acciones específicas en tiempo y espacio. Asimismo, que esta actividad presenta diversos niveles de realización como son: global, sectorial, institucional y regional, dependiendo del programa a que se haga referencia, esto es, el Plan Nacional de Desarrollo. Su cobertura temporal comprende el corto, mediano y largo plazos, siendo este último de un máximo de seis años, conforme a lo establecido en la Ley de Planeación.

4.7.2.- LA PROGRAMACIÓN.

Al igual que la anterior etapa, al analizar lo concerniente a la licitación pública, fue necesario realizar un análisis detallado de las actividades que en materia de obra pública implica esta fase del proceso administrativo público, por tanto, tal vez sólo reste definirla como el proceso a través del cual se detallan estructuras programáticas, metas, tiempos, responsables, instrumentos de acción y recursos necesarios para el logro de los objetivos de largo y mediano plazos, que en materia de obra pública son establecidos en documentos tales como el Plan Nacional de Desarrollo y los Programas Sectoriales y que se irán concretando mediante la programación económica y social, considerando las limitaciones y posibilidades reales de la economía nacional mediante las autorizaciones presupuestales que año con año otorgue el Congreso de la Unión.

En estricto sentido se diferencia de la planeación en que en aquella etapa se establecen los objetivos en la materia que nos ocupa, mientras que en esta se determinan los momentos, los plazos específicos en que ha de realizarse cada proyecto, así como las actividades adicionales que han de ejecutarse para el logro del objetivo final, que consiste en la ejecución de cada obra pública, entre las que se encuentra la realización de los proyectos arquitectónicos y de ingeniería, la obtención de los predios donde han de ejecutarse las obras, las obras adicionales y complementarias requeridas en cada caso, las licencias y permisos necesarios, etc.

Concerniente a la autorización de los proyectos, además de establecerse la base de datos ya comentada, que tiene por objeto evitar la duplicidad de gastos en su formulación, el RLOPSRM, en su artículo 10, por primera vez detalla con claridad las responsabilidades concernientes a la aprobación de los proyectos señalando que los servidores públicos que decidan y aprueben los proyectos para la realización de obras o servicios relacionados con éstas, tienen a su cargo la responsabilidad de vigilar que las acciones, planes y programas se lleven al cabo conforme a lo previsto y autorizado, así como de todas las modificaciones que se realicen a dichos proyectos.

Además, para efecto de prever que lo anterior sea factible para cada obra pública, la norma determina que los entes estatales al tomar la decisión de que cierta obra debe ejecutarse, deben proveer lo necesario para que se cuente con el proyecto y programa de realización de cada contrato, para lo cual han de presupuestar, es decir, establecer el costo de cada actividad, a efecto de que se formule un presupuesto total y por ejercicios presupuestales; en el que han de señalarse los periodos necesarios para la elaboración de los estudios y proyectos específicos de ingeniería, arquitectura y de instalaciones, en su caso, periodos de prueba, normas de calidad y especificaciones de construcción; el análisis costo beneficio que elaboren; bases de licitación y modelos de contratos necesarios para la realización de los trabajos.

En concordancia con lo antes señalado, los programas de ejecución de los trabajos deben prever las fechas pronosticadas de inicio y terminación de todas y cada una de sus fases, considerando las acciones y plazos previos a su iniciación, además de las condiciones climáticas, geográficas y demás características ambientales esperadas en la zona o región donde deban realizarse.

4.7.3.- LA PRESUPUESTACIÓN.

Como se desprende de lo señalado en el punto que antecede, la programación está íntimamente ligada a la presupuestación, actividad que debe entenderse como el proceso de consolidación de las acciones encaminadas a cuantificar en una cantidad cierta y en dinero de curso legal, los recursos necesarios para cumplir con los programas de obra pública establecidos en un determinado periodo por cada órgano del Estado, por lo que

ha de incluir las actividades concernientes a la formulación, discusión aprobación, ejecución, control y evaluación del presupuesto.

La interrelación antes enunciada forma parte del proceso administrativo público y tiene como finalidad ejercer un control administrativo en la formulación de los programas anuales de obra pública de cada ente estatal, en las que se definen objetivos y metas, así como los recursos que se requieren para alcanzarlos. Constituye la estrategia de acción a corto plazo que es utilizada para definir competencias, responsabilidades y actividades a realizar al interior de cada integrante del Estado, y las de los externos a cada uno de ellos en los casos de interacción y coordinación que finalmente dan lugar a la formulación de un presupuesto anual, el cual ha de pasar por diversas instancias para pasar a formar parte del proyecto y finalmente del Presupuesto de Egresos de la Federación, que es aprobado cada año por el poder legislativo y así mediante la autorización presupuestal respectiva estar en aptitud de ejecutar las obras públicas, para lo cual resulta indispensable antes de iniciar cualquier procedimiento administrativo especial que tenga por objeto el determinar quien será la persona que será el cocontratante del Estado.

4.8.- LA CONTRATACIÓN DE LA OBPA PÚBLICA (DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE GESTIÓN DE OBRA PÚBLICA).

Antes de que los entes estatales estén en aptitud de iniciar un procedimiento administrativo de contratación, celebrar el contrato y formalizarlo, para la posterior ejecución de las obras públicas y de los servicios relacionados con las mismas, como ya fue analizado, el artículo 24 de la LOPSRM, determina que resulta indispensable que se encuentren previstos en sus programas anuales de obras, pero además deben contar con la autorización presupuestal global o específica, del presupuesto de inversión y de gasto corriente, conforme a los cuales deberán elaborarse los programas de ejecución y pagos correspondientes. Únicamente en casos excepcionales, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, el cual prevé el caso de los contratos con ejercicio multianual, y los proyectos incluidos en proyectos prioritarios mejor conocidos como PIDIREGAS, los órganos estatales podrán, convocar sin contar con dicha autorización, estableciendo la forma de gestión respectiva, esto es, la modalidad contractual e incluso la realización de obras bajo el esquema de administración directa. En términos generales la opinión doctrinaria, expresada por autores como

Fernández Ruiz⁵²², Canals Arenas⁵²³, Parada⁵²⁴, García de Enterría y Fernández⁵²⁵, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵²⁶, Dromi⁵²⁷, Escola⁵²⁸, y Fiorini⁵²⁹, es en el mismo sentido que la normatividad vigente, ya que consideran a la autorización presupuestal o habilitaciones previas, como prerequisite para este tipo de contratos.

El mismo artículo 24 de la LOPSRM, ya citado, en su último párrafo, y el 11 del RLOPSRM, señalan que para la realización de obras públicas, es requisito indispensable, que los entes estatales, cuenten con los estudios y proyectos, especificaciones de construcción, normas de calidad y el programa de ejecución totalmente terminados, o bien, con un avance en su desarrollo que permita a los licitantes preparar una propuesta solvente y ejecutar ininterrumpidamente los trabajos hasta su conclusión, para lo cual se debe verificar que todo lo anterior sea acorde con la modalidad de contratación y el objeto del contrato; que el presupuesto comprenda la totalidad de la obra, por lo que siendo proyectos multianuales, ha de incluir los recursos necesarios para cada ejercicio, lo cual ha de reflejarse en los programas de ejecución respectivos; que en su oportunidad, se haya garantizado y formalizado el contrato; y designado por escrito al residente de obra y al superintendente de construcción del contratista.

Tratándose de servicios relacionados con la obra pública, los prerequisites se hacen consistir en los términos de referencia, los programas de prestación de servicios, la plantilla y organigrama del personal y el presupuesto de los trabajos.

Sobre este prerequisite, también existe opinión unánime de la doctrina jurídica, en el sentido de que antes de iniciar el procedimiento de contratación, desde el momento en que son elaborados los pliegos de requisitos o bases de la licitación, los órganos del Estado, deben incorporar a estos documentos que rigen no sólo al procedimiento de licitación en cualquiera de sus modalidades, sino también al de adjudicación directa, ha de contarse con los estudios y proyectos que definan y detallen los trabajos a ejecutar, para

⁵²² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 292.

⁵²³ Canals, Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 131 y 132.

⁵²⁴ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 297 a 299.

⁵²⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 700 a 702.

⁵²⁶ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Pág. 89.

⁵²⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 218, 344 y 345.

⁵²⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 647.

⁵²⁹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 702 a 704.

ello sólo basta consultar la opinión emitida por autores tales como Fernández Ruiz⁵³⁰, Canals Arenas⁵³¹, Parada⁵³², García de Enterría y Fernández⁵³³, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵³⁴, y Fiorini⁵³⁵.

4.8.1.- ELEMENTOS Y REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

De conformidad con la teoría general del contrato, la cual como ya quedó indicado es aplicable a los contratos administrativos en todo lo que no se oponga, por tanto, en principio la determinación de los elementos que integran al contrato de obra pública debe realizarse con base en la misma, sin embargo, de lo expuesto por autores como Sánchez Meda⁵³⁶, Rojina Villegas⁵³⁷, Pérez Fernández del Castillo⁵³⁸, Zamora y Valencia⁵³⁹, puede concluirse que no existe unanimidad de criterio en cuanto a los elementos y las clases de estos que integran a un contrato, así la mayoría de los autores citados coinciden en señalar al objeto y al consentimiento como elementos esenciales o de existencia, pero para alguno también lo es la solemnidad, asimismo, se consideran como elementos de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en la causa motivo o fin del contrato y la forma.

Además de lo anterior, es de tomarse en cuenta que en Derecho Administrativo, la conformación del acuerdo e voluntades se da no por la existencia de un acto jurídico, sino por la de un acto administrativo, por lo que la mayoría de los autores en Derecho Administrativo han referencia a los elementos de éste para determinar los de los contratos regidos por dichas normas, pero a pesar de todo, tampoco existe unidad de criterio a cerca de los elementos que integran un contrato administrativo, en específico los que integran al de obra pública, no obstante, tomando como punto de partida lo que al respecto exponen autores como Berçaitz⁵⁴⁰, Escola⁵⁴¹, Dromi⁵⁴², Delgadillo Gutiérrez y

⁵³⁰ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 292.

⁵³¹ Canals, Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 131 y 132.

⁵³² Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 309 a 314.

⁵³³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 692.

⁵³⁴ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 131 a 134.

⁵³⁵ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Pág. 657.

⁵³⁶ Sánchez Meda, Ramón, Op. Cit. Págs. 14 a 61.

⁵³⁷ Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. Págs. 50 a 139.

⁵³⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Op. Cit. Págs. 21 a 39.

⁵³⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 21 a 43.

⁵⁴⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 257 a 341.

Lucero Espinosa⁵⁴³, Canals Arenas⁵⁴⁴, Martínez Alfaro⁵⁴⁵, y Fernández Ruiz⁵⁴⁶, a continuación haré referencia a los elementos esenciales o de existencia y los de validez del contrato de obra pública, reiterando como lo hace el último de los autores citados, que debe considerarse la diferencia existente entre carácter, elemento y requisito.

Por carácter han de entenderse las cualidades particulares que identifican a un contrato en específico, en este caso al de obra pública; como elementos deben considerarse todas y cada una de las partes que integran a un contrato, algunas de las cuales resultan ser un requisito *sine qua non* para determinar su existencia, por lo que les denomina esenciales o de existencia, ya que sin ellos no puede afirmarse que exista el contrato administrativo de obra pública; por último, están los requisitos que se hacen consistir en las condiciones que deben ser cumplidas para que un acuerdo de voluntades tenga validez, lo que las más de las veces da lugar a su saneamiento en caso de omisión.

Sin embargo, como lo menciona el autor a que vengo haciendo referencia, en Derecho Administrativo, lo que se acepta en forma indiscutible es la existencia de los llamados elementos esenciales, en razón de que los entes estatales en ejercicio de la función administrativa siempre están obligados a realizar todos y cada uno de sus actos en estricto apego a las normas jurídicas, lo cual implica que necesariamente el órgano actuante esté investido de la debida competencia, persiguiendo los fines establecidos por dichas normas, por lo que en general no se acepta la existencia de clasificaciones en lo atinente a los elementos que integran un contrato como el de obra pública, simplemente se hace referencia a los elementos de los contratos.

Además es necesario indicar que el artículo 1794, del Código Civil Federal, establece que para la existencia de los contratos se requiere de la existencia del consentimiento y de un objeto que pueda ser materia del mismo, y el 1795, determina que dicho acuerdo de voluntades carecerá de validez cuando exista incapacidad legal de las partes o de una de ellas; por la existencia de vicios en el consentimiento; debido a que tanto su objeto, como su motivo o fin sean ilícitos; o bien, en atención a que el consentimiento no se haya

⁵⁴¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 730 a 739 y 765 a 774.

⁵⁴² Dromi, José Roberto, Op. Cit. Págs. 236 a 246.

⁵⁴³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Op. Cit. Págs. 316 a 318.

⁵⁴⁴ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 100 a 129.

⁵⁴⁵ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 17 a 37.

⁵⁴⁶ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 92 a 100 y 293 a 294.

expresado o manifestado en la forma requerida por la norma jurídica; de ahí la postura doctrinal de los tratadistas del derecho civil ya citados, lo que me obliga a referirme a los elementos esenciales y requisitos indispensables de los contratos de obra pública.

4.8.1.1.- ELEMENTOS ESENCIALES.

El consentimiento.- Este se ha definido como el acuerdo de voluntades respecto al logro de un propósito común, que producirá consecuencias jurídicas entre las partes contratantes. Es un requisito indispensable del contrato, ya que a través de éste se crea el acuerdo de voluntades entre las partes, que se manifiesta en el deseo de obligarse para lograr un propósito común aunque los fines propios de cada parte lleguen a resultar opuestos o contradictorios. De lo anterior puede deducirse que el consentimiento consta de dos elementos una manifestación de voluntad consistente en una oferta; la otra la manifestación de voluntad que acepta en sus términos la oferta. La unión de esas voluntades puede formar el acuerdo de manera instantánea o bien previa substanciación de un procedimiento administrativo especial, esto es en forma progresiva.

Como ya fue analizado al tratar lo relativo a los procedimientos administrativos cuyo objeto consiste en la formación de los acuerdos de voluntades del Estado, la expresión de la voluntad de los órganos estatales, en ejercicio de la función administrativa, desde el punto de vista material u objetivo, debe cumplir con ciertas formas y requisitos, regulados por un procedimiento especialmente diseñado para ello, por lo que puede afirmarse que el consentimiento del Estado se encuentra sometido a formas especiales de derecho público, a las cuales es menester ajustarse para que el contrato sea válido. Por lo que hace a la voluntad del particular cocontratante, ésta se expresa del mismo modo y forma en que se produce cuando se realiza un contrato de derecho privado, sin embargo, el Derecho Administrativo establece el cumplimiento de algunos requisitos y el acreditamiento de algunas cualidades personales de quien desea contratar con él (pliego de requisitos o bases de la licitación), ya que ha de acreditar desde su legal existencia, hasta sus capacidades financiera, técnica, experiencia etc., para finalmente demostrar que ha ofrecido las mejores condiciones de mercado en cuanto a precio, calidad, financiamiento oportunidad y demás requisitos exigidos.

En general el consentimiento de tipo instantáneo, para la celebración de contratos de obra pública sólo se da esporádicamente, ya que aun en el caso de la adjudicación directa, el Estado ha de verificar previamente si el oferente cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones. Consecuentemente, cuando el contrato se adjudica a través de una licitación pública, de una invitación a cuando menos tres personas o por adjudicación directa, el consentimiento se formará de un modo progresivo, en virtud de que, o bien, se hace una oferta condicionada a una persona indeterminada, o a un grupo de personas determinadas o a una persona específica, correspondiéndole una aceptación también condicionada; en consecuencia la formación de este consentimiento precisará de un proceso que implica trámites y requisitos, así como del tiempo necesario para su desarrollo.

La aceptación es la conformidad con la oferta, consecuentemente en los procedimientos administrativos de selección de cocontratante, cualquiera que éste sea, la compra de bases o la aceptación de la invitación ya sea a la licitación privada o a la adjudicación directa, según sea el caso, y la presentación de la propuesta técnica y económica constituyen la aceptación de la oferta condicionada contenida en la convocatoria o invitación, es decir, se aceptan los términos de la oferta de contrato, entre ellos, en caso de licitación, la condición de la oferta consistente en ser declarado como la persona que presentó la propuesta más conveniente o ventajosa para el Estado, lo que implicó una expresión de conformidad tácita de satisfacer los requisitos exigidos para triunfar en el procedimiento de selección de cocontratante o contratista y, en su oportunidad, ser declarado como adjudicatario del contrato, mediante el acto administrativo que cumpla con todos los requisitos exigidos por la norma.

El objeto.- Este tradicionalmente se ha definido como la prestación buscada por las partes con la celebración del contrato; es decir, la consecuencia de derecho que se persigue al celebrarlo, y que se traduce para cada parte en un dar, hacer, o no hacer. En el caso específico del contrato de obra pública e incluso en el de servicios relacionados con la obra pública. La doctrina distingue entre objeto inmediato y objeto mediato. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; este objeto se desprende de la definición del acto administrativo, pues según tal definición, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio, por parte de un ente estatal en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista

material u objetivo, que tiene por objeto producir efectos jurídicos que pueden consistir en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. El objeto indirecto en los contratos de obra pública consiste en la cosa que el obligado debe dar o en el servicio hacer o prestar.

Para que el contrato sea válido, debe tener un objeto indirecto cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie. En los contratos administrativos no es menester que el objeto se encuentre en el comercio común, en virtud de que teniendo como finalidad la satisfacción de los intereses públicos, es perfectamente válido que los órganos estatales contraten la realización de obras y servicios relacionados con éstas, que no están en el comercio ordinario, como puede ser la construcción de carreteras, de avenidas, puentes, palacios de justicia, o bien la modificación, ampliación conservación o mantenimiento de dichas construcciones.

La posibilidad física de la cosa consiste en que exista en la naturaleza o sea susceptible de existir, que su creación esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza y los avances tecnológicos; es decir, que estas leyes y avances permitan su realización, por no ser un impedimento insuperable para cualquier persona con los conocimientos técnicos para ello, por ejemplo la construcción de plantas desalinizadoras y potabilizadoras de agua de mar, la construcción de una isla artificial, etc. En sentido contrario existiría imposibilidad jurídica del hecho al existir una norma jurídica que prohíba la realización del contrato, por ejemplo, la autorización que se concediera a un particular, para explotar de manea exclusiva determinadas presas y cauces resultaría imposible porque el artículo 27 constitucional, determina que estas son propiedad de la nación y son inalienables e imprescriptibles, es decir, no se puede otorgar su uso exclusivo a particulares.

La posibilidad jurídica de la cosa, significa que sea determinada o determinable en cuanto a su especie, respecto a las obras públicas, la determinación se establece mediante las especificaciones de la obra que se contrata, especificaciones que deben señalarse de manera genérica al establecer el objeto indirecto y de manera particular en el proyecto y el catálogo de conceptos ya que estos documentos contienen la descripción de cada concepto de trabajo, es decir, se mencionarán en la convocatoria, las bases de la licitación y el contrato, y se describen de forma pormenorizada en el proyecto ejecutivo, catálogo de conceptos y en las proposiciones de los contratistas. La determinación del

objeto en el que consiste la obra, se materializa mediante la existencia de un proyecto ejecutivo y un catálogo de conceptos, constituye un candado lógico jurídico que tiene la finalidad de impedir que se fragmente la obra, y no se recurra artificiosamente a otros procedimientos de selección del cocontratante, por tanto, de formación del consentimiento.

La LOPSRM, reglamenta tanto a los contratos como la celebración de convenios, y si bien en el derecho civil esta diferencia técnica entre contrato y convenio carece de importancia, como ya fue señalado en el primer capítulo de este trabajo, en el caso específico del contrato de obra pública, si la tiene, ya que en éste, los convenios exclusivamente tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones, mientras que en los contratos el objeto directo será la creación de derechos y obligaciones, según la diferencia apuntada por los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal. Por su parte, los artículos 3 y 4 de la LOPSRM, establecen en forma detallada lo que debe entenderse por obra pública o servicios relacionados con ésta. Respecto de la determinación del objeto indirecto consistente en la contraprestación debida al cocontratante por la ejecución de la obra motivo del contrato, debe considerarse que el artículo 70, fracción III del Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal dispone: "En los casos que por la naturaleza del contrato no se pueda señalar un importe determinado se deberán estipular las bases para fijarlo", sin embargo, esto es una excepción, que sólo es factible de acaecer en los casos de obras de emergencia por daños producidos por desastres naturales, ya que por lo general la contraprestación del cocontratante es motivo de estricta regulación y debe presentarse en la propuesta económica del contratista.

4.8.1.2.- REQUISITOS INDISPENSABLES.

Los sujetos.- De los sujetos se ha afirmado que en realidad se trata de un elemento esencial, que es presupuesto *sine qua non* de todo contrato, ya que sin personas que expresen su voluntad, no podrá existir consentimiento u acuerdo de voluntades. Así como debe existir una oferta y una aceptación de ésta para que exista el consentimiento y luego entonces el acuerdo de voluntades o contrato, a su vez estos actos volitivos no pueden existir si no provienen de ciertas personas específicamente de un órgano estatal y una persona llamada contratista, las cuales deben cumplir con ciertos requisitos para poder hacerlo, como son la capacidad y la competencia, los cuales ya no son elementos del

contrato sino requisitos indispensables de todo contrato, por supuesto del contrato de obra pública.

En el caso del Estado, el órgano de éste debe cumplir dos condiciones indispensables para que la voluntad expresada cumpla con lo previsto por la norma, en primer término debe tratarse de un ente estatal que se encuentre ejerciendo la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, y además debe tener competencia específica para ello. El hecho de que un ente estatal se encuentre ejerciendo la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo implica que sus actos buscan la finalidad de dar satisfacción directa o indirecta al interés público, y sólo en esa medida un contrato de obra pública justificará la realización de la obra de que se trate. Igualmente, el órgano del Estado debe estar debidamente investido de la competencia necesaria y suficiente para celebrar el contrato, lo cual en el caso del poder ejecutivo federal, como lo indique antes, implica que en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se establezca la competencia, pero que además en el Reglamento interior de la dependencia de que se trate, se establezca con precisión la unidad administrativa que ejercerá las funciones relativas a la contratación de las obras públicas. En el supuesto de las entidades paraestatales, la competencia debe estar prevista en forma expresa en la ley o decreto que crea al ente, o bien en los estatutos sociales en el caso de que se trate de una sociedad mercantil, y en su caso en el estatuto jurídico, además de un poder o mandado, ya sea especial o general.

En el caso del particular llamado contratista, ya sea que éste sea una persona física o moral, como fue analizado al tratar lo relativo a los procedimientos administrativos cuyo objeto consiste en la selección de la persona que será el cocontratante del Estado, esta debe acreditar en forma indudable que está en pleno uso de sus capacidades de goce y ejercicio y que no se ubica en ninguno de los supuestos que lo incapacitan para participar en los procedimientos o para contratar, pero además, ha de demostrar que cuenta con capacidad técnica para la realización de la obra de que se trate, que cuenta con los recursos financieros suficientes para ejecutar los trabajos hasta su total terminación y que para ello cuenta con la experiencia, el personal, la maquinaria el equipo etc., suficientes para ello, pues de otra suerte, su propuesta aún cuando fuera para una adjudicación directa será desechada, esto es, no será aceptada y en consecuencia no existiría el acuerdo de voluntades. Igualmente en el caso de ser persona moral durante el

procedimiento de selección se deberá demostrar que la persona que firma la propuesta tiene facultades suficientes para obligar a su representada, al igual que la persona que finalmente suscriba el contrato. La capacidad del Estado tiene limitaciones de carácter presupuestal, pues como ya fue analizado, estos no pueden celebrar contrato alguno si previamente no les ha sido autorizada la partida presupuestal respectiva.

El consentimiento libre de vicios.- Al igual que en todos los contratos, en los contratos administrativos de obra pública, la voluntad debe ser expresada, sin que adolezca de vicio alguno, ya que ello invalidaría el acuerdo de voluntades. Dichos vicios son los comúnmente conocidos para todo contrato y consisten en la violencia o intimidación, el dolo, y el error.

La violencia se ha definido como la coacción física o moral ejercida sobre una de las partes para que exprese su voluntad en la celebración de un contrato; el dolo ha sido descrito como la actividad realizada por una de las partes del contrato consistente en un artificio u maquinación para engañar al otro, de influir en su ánimo para que con una percepción falsa de la realidad celebre un contrato, conduciéndolo a la aceptación de condiciones que normalmente o de percibir la realidad sin ese engaño no admitiría.

Por supuesto no puede pretenderse que el consentimiento expresado con base en la existencia de un error o en la falsa, equivocada o deformada concepción de la realidad pueda ser válido, a este vicio de la voluntad se le ha considerado como el equívoco provocado por la falta de conocimiento o carencia de concepto acerca de la misma, la cual puede manifestarse de diversas formas. Así existirá error en el negocio cuando se crea que la causa del contrato es diferente a la real o que se desconozca la naturaleza del contrato que se haya celebrado; también existe el error en la cosa, el cual hace referencia a una concepción equivocada de la sustancia, la calidad o la cantidad de la cosa objeto del contrato; por último, también existe el error en la persona y este se dará cuando se crea que el contrato ha sido celebrado con una persona diferente de con quien se cree haber contratado, esto es, error en la identidad de la persona, o bien, que dicha persona tiene ciertas cualidades y es por eso que se celebra el contrato con ella, tal es el caso del contrato de obra pública que como ya fue explicado, es *intuitu personae*, por tanto, si el contratista carece de esa o esas cualidades como lo son la experiencia, la capacidad técnica o financiera, resultará que el contrato fue celebrado con la persona equivocada.

La causa, motivo o fin del contrato.- Como tal se ha dicho que consiste en las situaciones de hecho y de derecho que tanto el Estado como en su cocontratante han influido para la celebración del contrato; es decir, el porqué de la contratación. Para el primero, la causa en el contrato administrativo, especialmente en el contrato de obra pública, es de gran relevancia en tanto que la misma está fuertemente vinculada con la finalidad de ese acto, pues es indiscutible que la satisfacción del interés público, ya sea en forma mediata o inmediata, es la causa determinante que impulsa, a los entes estatales en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, a llevar a cabo los actos y contratos necesarios par el logro de su finalidad última que es el interés público.

El fin aquí también ha de ser específico, determinado en cada caso concreto para la celebración del contrato respectivo, de acuerdo con las normas jurídicas establecidas para tal efecto. La finalidad en el contrato administrativo, especialmente en el obra pública, se hace consistir en el propósito para la celebración de tal acto, lo cual se traduce en el fin último que se persigue con él, que no es otra cosa que la satisfacción del interés público, tal y como acontece en los actos administrativos. Este elemento es de suma importancia, ya que la irregularidad de la finalidad en los contratos de obra pública lo torna inválido; tal situación puede presentarse cuando se adjudica un contrato en favor de un licitador o contratista cuya oferta no sea la más conveniente para el Estado.

En el caso del Estado esta causa, motivo o fin debe ser la satisfacción de los intereses públicos en concreto, son la causa determinante que lo impulsa a la celebración del contrato y que desde el punto de vista del proceso administrativo público, atendiendo a las etapas de planeación, programación y presupuestación ha de identificarse con el cumplimiento de los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y los que de él deriven, los objetivos, metas y previsiones contenidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación vigente, y en consecuencia con los programas de obras y presupuestos específicos de cada ente estatal.

En el caso de los contratistas, la causa, motivo o fin de la celebración de un contrato de obra pública, nada tiene que ver con los del Estado, por lo general, esta ha de hacerse consistir en el lucro, en la ganancia que obtendrá por la realización de la obra, en el tiempo establecido y con la calidad requerida. Sin duda también puede constituirse como causa, motivo o fin del contratista lograr su desarrollo profesional y el de los profesionales

que integren la sociedad de que se trate, pero sin duda también lo hacen como un medio de subsistencia, por ello, nada debe extrañar que el fin del contratista sea obtener un lucro lícito, realizando las actividades a las cuales está dedicado.

La ilicitud en el contrato.- Los hechos que son objeto de los contratos que celebra el Estado, deben ser lícitos, de acuerdo con el artículo 1827 del Código Civil; en tal virtud, la consecuencia de que estos contratos tengan por objeto hechos ilícitos es la nulidad, según el último párrafo del artículo 15 de la LOPSRM. De conformidad con el artículo 1830 del Código Civil, interpretado en sentido contrario, lícito es el hecho que está de acuerdo a las leyes de orden público, pero este concepto de licitud no es claro, si no se explica cuáles son las leyes de orden público, es decir, las que tienen por finalidad la realización del interés público, debiendo entender como tal a la suma de la mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, y, asimismo, el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos, reconocen, un interés propio y directo.

Al respecto, debe decirse que las normas jurídicas se clasifican, en atención a la voluntad de los particulares, en taxativas y supletorias. Las normas taxativas son obligatorias independientemente de la voluntad de las partes; en cambio, las supletorias pueden dejar de aplicarse por voluntad de las partes, sin embargo, esto no ocurre en el caso de las normas aplicables supletoriamente al derecho público, ya que la intención de su aplicación es complementar un marco jurídico, la regulación de una cosa, que en el caso del Derecho Administrativo, siempre ha de tener como finalidad el cumplimiento del interés público. Las normas taxativas son de interés público en el sentido ya apuntado, en consecuencia, no son renunciables ni pueden ser cambiadas por pactos de las partes de un contrato administrativo como el de obra pública; además, pueden tener un carácter imperativo o prohibitivo. Las normas imperativas ordenan la ejecución de un hecho y las prohibitivas mandan la abstención de una conducta. Al ser de orden público las normas taxativas, no es lícito que las partes de un contrato mediante acuerdo determinen su inobservancia, consecuentemente los actos ejecutados en contra de estas leyes son ilícitos y están sancionados con la nulidad como lo prevé el último párrafo del Artículo 15 de la LOPSRM.

Debe tenerse en cuenta que en el caso específico del Derecho Administrativo, las normas que son determinadas como de aplicación supletoria (verbigracia el Código Civil Federal para el contrato de obra pública), no son renunciables para el Estado, esto en razón de que atendiendo al principio de legalidad no existe una norma jurídica que expresamente le otorgue la facultad para renunciar genéricamente a los derechos que se derivan en su favor de la aplicación supletoria de las normas, por tanto, en este caso, resulta por demás dudoso que existiera a su favor una facultad discrecional para en unos casos defender e incluso pelear judicialmente la aplicación de un derecho y en otros simplemente renunciar a él a favor de cualquier persona.

Entre las leyes de orden público, o sea de observancia obligatoria con independencia de la voluntad de las partes, está la LOPSRM, la cual en su artículo 1, establece expresamente que es orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que lleven a cabo los entes estatales que la misma determina, señalando la aplicación supletoria del Código Civil Federal, de la Ley del Procedimiento Administrativo Federal y del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el artículo 13.

De lo anterior se concluye que, si según el artículo 1830 del Código Civil interpretado en sentido contrario, lícito es el hecho que está de acuerdo con las leyes de orden público; entonces en atención a lo antes expuesto, lícito es el hecho que está de acuerdo con las leyes que son obligatorias independientemente de la voluntad de las partes; a su vez, ilícito será el hecho que es contrario a las leyes cuya observancia es obligatoria con independencia de la voluntad de las partes. Estas normas de observancia obligatoria se enuncian en forma prohibitiva o imperativa, vedando u ordenando una conducta; en consecuencia, y atendiendo al principio de legalidad como eje fundamental del Derecho Administrativo a los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, todo aquello que no le está expresamente permitido por la LOPSRM, y las normas de aplicación supletoria, les está prohibido, por tanto, resulta ilícito realizar la conducta prohibida, igualmente, la conducta no autorizada expresamente, es decir, es ilícita la acción prohibida y la no autorizada expresamente; a su vez, lo que está ordenado hacer, no está permitido omitir, por tanto, es ilícita la omisión de la acción ordenada.

La otra parte del principio de legalidad, es de exclusiva aplicación los particulares, en el sentido de que "lo que no está prohibido, está permitido", es decir, a los entes estatales en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, les resulta campo vedado interpretar la norma bajo dicho axioma, por tanto, cuando no exista un precepto legal que prevea la situación concreta que se desee resolver, pueden recurrir para solventarla, de acuerdo con el principio de legalidad, a considerar la aplicación de la norma supletoria que corresponda, de conformidad con los métodos de interpretación del Derecho Administrativo, a efecto de evitar que ante la existencia de lagunas legales la actividad administrativa se vea frenada, lo que nos conduce a la negación de las lagunas jurídicas, ya que si bien es cierto que en la ley hay lagunas u omisiones normativas en el derecho no puede haberlas. Cuando una actividad administrativa no está prevista, siempre es posible resolver la problemática por aplicación de las normas aplicables de manera supletoria o en su caso de los métodos de interpretación propios de esta norma.

Los supuestos de ilicitud que pueden darse en la contratación realizada por los entes estatales; tiene lugar cuando éstos, al contratar, violan las leyes de orden público que están obligadas a observar; tales hipótesis de ilicitud están sancionadas con la nulidad del contrato, según el último párrafo del artículo 15 de la LOPSRM; en atención a que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley en cita, es orden público, por tanto, los actos violatorios de dicha ley son ilícitos y, por lo mismo, nulos pero hasta el momento en que la autoridad competente sí lo determine. Como ejemplo de un contrato de obra pública nulo, por ser ilícito, se puede mencionar el contrato que se adjudica sin substanciar previamente la licitación pública, a pesar de que debió efectuarse el proceso de selección del contratista, esto en virtud de que dicho contrato fue celebrado sin la existencia previa y probada de alguno de los supuestos de excepción al procedimiento en cita que la misma norma menciona en forma enunciativa y no limitativa en el artículo 42 de la LOPSRM, o en el artículo 43, es decir, que el monto del contrato haya rebasado el límite máximo permitido para adjudicar directamente o por invitación a cuando menos tres personas.

La forma.- En los contratos de obra pública, como en los contratos administrativos y en el acto administrativo, la forma está representada por dos vertientes; la forma en sentido estricto y las formalidades. La primera es el modo como se instrumenta y hace constar la existencia del vínculo contractual; las formalidades, en cambio, consisten en el procedimiento a través del cual se llega a la contratación. Como ya quedó demostrado al

tratar lo relativo a los procedimientos de selección del contratista, los contratos de obra pública se celebran consensualmente, quedan concluidos cuando existe el acuerdo de voluntades, sin embargo, la LOPSRM, en sus artículos 46 y 47, establece que estos deben constar por escrito, determinado cual ha de ser su contenido mínimo, por lo que requieren para su validez de la forma escrita, consistente en un documento privado que deben firmar los representantes del ente estatal de que se trate y el contratista o quien legalmente lo represente.

La formalidad exigida por la norma es sencilla, sin embargo, la validez de los contratos de obra pública requiere del cumplimiento de formalidades previas a la simple suscripción del documento. Estas formalidades varían según sea el procedimiento seguido para la selección de contratista y para adjudicar el contrato, ya sea a través de licitación pública, licitación por invitación directa a cuando menos tres contratistas o en forma directa, ya sea atendiendo al monto del contrato o a la existencia de alguna causa de excepción, lo cual ya fue analizado en el tercer capítulo de este trabajo. Por lo tanto, considerando la aplicación de las teorías de los actos separables y los coaligados debe concluirse que en el caso del contrato de obra pública, forman parte del mismo, el procedimiento administrativo especial de que se trate, ya sea licitación pública, privada o adjudicación directa, lo cual deviene de lo previsto por el artículo 134 constitucional y lo que al respecto reglamentan la LOPSRM y el RLOPSRM, sin olvidar que la regla general para la adjudicación de éstos contratos es la licitación pública y sólo por excepción debe acudir a otros procedimientos. En el caso de que se formalice un contrato sin ajustarse a las formalidades antes enunciadas, dicho contrato estará afectado de nulidad, según lo previsto por el artículo 15 de la LOPSRM.

4.8.2.- LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Tradicionalmente la celebración del contrato de obra pública, ha implicado que la persona llamada contratista, quede sujeto a un sistema de otorgamiento de garantías, cuyo fin es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que momento a momento asume, desde la substanciación del procedimiento administrativo de contratación, hasta después de terminados los trabajos, al tener que responder de los defectos que pudieran resultar, de los vicios ocultos y de cualquier otras responsabilidades en que pudieran haber incurrido con motivo de la ejecución de una obra pública.

Sin embargo, como ya fue expuesto en el tercer capítulo de este trabajo, inexplicablemente, la actual LOPSRM, omitió señalar la obligación de garantizar la seriedad de las proposiciones en los procedimientos de selección del contratista, por lo que en la actualidad, la norma sólo exige el otorgamiento de tres tipos de garantía, la de cumplimiento del contrato, la de buen uso del anticipo y la de vicios ocultos para el caso de saneamiento. La LOPSRM, norma el otorgamiento de las dos primeras en los artículos 48 a 50 y la última en el 66, por su parte el RLOPSRM las regula en los artículos 59 a 68.

Un aspecto trascendente en este tema, es que por primera vez, ni la ley ni el reglamento establecen los porcentajes de las garantías, sino que en el ilegal uso de la facultad reglamentaria los artículos 1, penúltimo párrafo, 48 de la LOPSRM, y 3, fracción III, parte final del RLOPSRM, se otorga a los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades la facultad de establecer las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse, lo cual han de hacer mediante la emisión del documento denominado Políticas, Bases y Lineamientos en materia de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, a cuya inconstitucionalidad ya me he referido.

En cuanto a la persona a favor de quien deben otorgarse las garantías, la norma determina que éstas deben constituirse a favor de la Tesorería de la Federación, cuando los contratos hayan sido celebrados por los integrantes de la llamada administración pública federal central, a nombre de las entidades, cuando los actos o contratos hubieren celebrado con ellas, y a favor de las Tesorerías de los Estados y Municipios, en el supuesto de que los contratos se hubieren celebrados con recursos federales.

Los entes estatales, están facultados para seleccionar el tipo de garantía que más se ajuste a sus necesidades y que les permita tener la mayor certeza de que las obligaciones estarán debidamente respaldadas, debiendo considerar en todos los casos las características, magnitud y complejidad de los trabajos a realizar, lo cual conforme a lo indicado deberá señalarse expresamente en el documento denominado Políticas, Bases y Lineamientos, ya referido en el párrafo que antecede, por tanto, estos quedan en libertad de establecer otro tipo de garantías tales como el cheque de caja o el certificado, el fideicomiso, el aval bancario, el depósito bancario, la hipoteca, la prenda, la carta de crédito irrevocable, e incluso garantías comunes en el tráfico internacional de

mercaderías. Quedarán a salvo los derechos de los entes estatales 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 para garantizar el cumplimiento del contrato, el buen uso del anticipo o bien el saneamiento en caso de vicios ocultos u otras responsabilidades.

4.8.2.1.- LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

La norma ya invocada, determina que los contratistas que celebren los contratos de obra pública o de servicios relacionados con las mismas, deben garantizar el cumplimiento de los contratos y que ello ha de realizarse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo. Aún cuando las dependencias y entidades pueden establecer el porcentaje de las garantías, el RLOPSRM, establece un límite mínimo para la garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, señalando que no podrá ser menor al diez por ciento del monto total autorizado al contrato en cada ejercicio presupuestal, dentro del plazo ya indicado, pero invariablemente antes de la firma del contrato; e indica que para ejercicios subsecuentes, dicha garantía debe ser entregada dentro de igual plazo, contado a partir de la fecha en que se notifique por escrito al contratista, el monto de la inversión autorizada para ese año.

Igualmente se establece que en el caso de los contratos multianuales, la garantía de cumplimiento debe ser sustituida en él o los siguientes ejercicios, por otra u otras equivalentes al importe de los trabajos faltantes por ejecutar, actualizando los importes de acuerdo con los ajustes de costos autorizados y modificaciones contractuales, pero que esto podrá evitarse cuando el contratista así lo solicite, siempre y cuando la garantía otorgada en el primer ejercicio presupuestal, continúe vigente y su importe mantenga la misma proporción que la del primer ejercicio, en relación con el valor actualizado de los trabajos faltantes por ejecutar en cada ejercicio subsiguiente.

Se establece como excepción a este principio, es decir, a la obligación de garantizar el cumplimiento del contrato, la posibilidad de exceptuar a los contratistas que celebren contratos bajo los procedimientos de adjudicación directa y por invitación a cuando menos tres personas, en atención al monto del contrato, en relación con el total de la inversión autorizada a cada unidad administrativa y cuando se trate de contratos de obra pública

celebrados en dación de pagos, por deudas con el fisco, en los términos de la Ley del Servicio de la Tesorería, o bien cuando se trate de contratos de servicios relacionados con la obra pública, en los que el prestador de servicios sea una persona física que los realice por sí misma, requiriendo cuando más, del auxilio de un especialista o técnico, en cuyo caso, faculta al servidor público responsable de suscribir los contratos, para que bajo su responsabilidad exceptúe a los contratistas del otorgamiento de dicha garantía, para lo cual, esto deberá establecerse en el pliego de requisitos o bases de la licitación.

En cuanto al momento de la cancelación de esta garantía de cumplimiento, la norma establece que la otorgada en el primer ejercicio, en caso de que no haya sido sustituida, o otorgada en el último ejercicio de ejecución de los trabajos, sólo podrá ser liberada hasta que haya sido constituida y entregada al ente estatal la garantía de vicios ocultos para el caso de saneamiento, al que haré referencia más adelante.

Un aspecto trascendente de esta garantía, resulta ser su naturaleza jurídica, ya que de ello dependen las excepciones que pudieran oponerse en caso de que se tengan que hacer efectivas, en la doctrina el tema tampoco está resuelto, - si autores como García de Enterría y Fernández⁵⁴⁷, Parada⁵⁴⁸, Dromi⁵⁴⁹, Berçaitz⁵⁵⁰, Bezzi⁵⁵¹ y Kemelmajer de Carlucci⁵⁵², disertan a cerca de su naturaleza jurídica señalando que no se trata de una señal o arras, e incluso una cláusula penal, que es un depósito en garantía, o como lo indica la última de los autores en cita, simplemente se trata de una figura jurídica distinta, y lo fundamental estriba en establecer sus principios y límites aunque no se le bautice con un nombre, para efecto de determinar su funcionamiento. Así la opinión doctrinaria dominante, señala que no se trata de una cláusula penal, sin embargo, en nuestro país, ese es el tratamiento que se le da y los litigios ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, sin embargo, como se desprende de lo previsto en la LOPSRM y el RLOPSRM, y especialmente de los efectos de la rescisión administrativa del contrato, en cuanto a sanciones aplicables al contratista incumplido, queda claro que cuando menos no tiene la naturaleza de una cláusula penal, sino de una sanción pecuniaria,

⁵⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 703 a 705.

⁵⁴⁸ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 327 a 330.

⁵⁴⁹ Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, Op. Cit. Págs. 527 y 528.

⁵⁵⁰ Berçaitz, Miguel Ángel, Op. Cit. Págs. 337 y 338.

⁵⁵¹ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 286 a 288.

⁵⁵² Kemelmajer de Carlucci, Aída, La Cláusula Penal, SE, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1981. Págs. 485 a 507.

especialmente garantizada, por lo que no le son aplicables los principios jurídicos de la cláusula penal.

4.8.2.2.- LA GARANTÍA DE BUEN USO DEL ANTICIPO.

En cuanto al otorgamiento de los anticipos, estos están regulados por los artículos 50 de la LOPSRM, y 108 a 113 del RLOPSRM, los cuales determinan que su otorgamiento se deberá pactar en los contratos sujetándose a las siguientes normas:

- a).- Debe ser puesto a disposición del contratista antes del inicio de los trabajos, en una o varias exhibiciones según se trata de contratos multianuales o no, siempre contra la entrega de la garantía correspondiente, la cual debe estar determinada en las Políticas, Bases y Lineamientos que cada órgano del Estado emita;
- b).- Su importe, debe determinarse en el pliego de requisitos o bases de la licitación y el contrato, puede ser de hasta el treinta por ciento del monto de la asignación presupuestal aprobada para cada ejercicio presupuestal y debe destinarse a la instalación de la superintendencia de construcción, el traslado de la maquinaria y equipo de construcción y la compra de materiales y equipos de instalación permanente;
- c).- Para los órganos estatales es discrecional otorgar porcentajes mayores, bajo la responsabilidad del titular de los mismos o la persona en quien se haya delegado dicha facultad;
- d).- Para los contratos de servicios relacionados con la obra pública su otorgamiento es discrecional;
- e).- Los licitadores deben deducirlo en el análisis y determinación del costo financiero;
- f).- Tratándose de contratos multianuales, en los que el inicio de la ejecución en el último trimestre, los entes estatales pueden otorgar hasta el total de la asignación presupuestal como anticipo, siempre y cuando se cuente con presupuesto autorizado para pagar la obra a ejecutar en ese período; en los ejercicios subsiguientes su entrega debe realizarse en el primer trimestre del ejercicio. El atraso en el cumplimiento da lugar a modificar el costo financiero, pero no a las *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*;
- g).- Se prohíbe su otorgamiento con motivo de la celebración de convenios modificantes o adicionales o el otorgamiento de ajustes de costos, con excepción de las obras

cuyo objeto sea el mantenimiento o restauración de monumentos arqueológicos, artísticos, históricos y zonas de monumentos declarados como tales con fundamento en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas;

h).- La amortización de los anticipos, debe realizarse proporcionalmente al importe de cada estimación, conforme al importe otorgado, con excepción del caso del contrato multianual entregado en el último trimestre, en cuyo caso se establecen reglas especiales. En el caso de rescisión administrativa del contrato, el anticipo no amortizado, debe reintegrarse en un plazo máximo de diez días naturales. La sanción por no hacerlo es pagar gastos financieros computados a partir de la notificación de la determinación respectiva, conforme al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales.

Es obligatorio para los contratistas garantizar los anticipos, que en su caso, reciban. Deben otorgar las garantías dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos. En los contratos multianuales, en los ejercicios subsiguientes, deben hacerlo dentro del plazo de quince días naturales siguientes a la notificación de su otorgamiento. Estas garantías solamente se liberarán cuando se hayan amortizado totalmente los anticipos otorgados.

La norma, contrario a todo lo expuesto al respecto por la doctrina, determina que cuando el contratista no ejerza el anticipo otorgado, en la forma pactada en el contrato, los entes estatales carecen de derecho alguno para exigirle que así se haga, lo cual resulta totalmente ilógico, toda vez que se trata de recursos del Estado, que por su objeto, han de invertirse en la ejecución de la obra de que se trate, máxime cuando la norma establece que una vez autorizado el anticipo correspondiente al contrato de que se trate, los entes estatales tiene la obligación de considerarlo como un importe pagado.

4.8.2.3.- LA GARANTÍA DE VICIOS OCULTOS PARA EL CASO DE SANEAMIENTO.

Una vez concluidos los trabajos, el contratista quedará obligado a responder de los defectos que pudieran resultar en los mismos, de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato

respectivo y en la legislación aplicable. En el caso de nuestra legislación, se establece que la garantía debe ser otorgada por un lapso de doce meses, y después de esto no existe responsabilidad del contratista aún en el caso de ruina de la obra precisamente por la existencia de vicios ocultos, en otros países, aún cuando la garantía tiene la misma duración, se determina que la responsabilidad por ruina persiste para el contratista por lapsos de quince o diez años, tal como lo señalan tratadistas de otros países como España y Argentina, específicamente García de Enterría y Fernández⁵⁵³, Parada⁵⁵⁴, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁵⁵, en el primer caso señalan que la garantía por ruina de la obra acaecida por la existencia de vicios ocultos en la construcción, es por 15 años, según lo previene el artículo 149 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de 1995, de los Contratos de las Administraciones Públicas, o en el segundo caso autores como Bezzi⁵⁵⁶, y Dromi⁵⁵⁷, señalan que el término de la vigencia de la garantía por vicios ocultos, implica la terminación definitiva del contrato, salvo el caso de ruina, ya que en tal supuesto la responsabilidad del contratista tiene una duración de diez años, aún cuando no está garantizada.

Sólo para terminar con el concepto de ruina de la obra, es de señalarse que esta puede ser total o parcial y debe proceder de vicios en la construcción de la obra, mala calidad de los materiales empleados en la construcción, o bien de vicios del suelo, y que dicha responsabilidad debe probarse plenamente. Que en el caso del Código Civil Federal el artículo 1931, atribuye dicha responsabilidad al dueño del inmueble y no al constructor, por tanto, resulta urgente una consideración especial de esta responsabilidad en la legislación especial de la materia, ya que por otra parte en el mismo ordenamiento legal en cita, que es de aplicación supletoria en materia de obra pública, la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de obra a precio alzado es de seis meses y no se prevé nada respecto de la responsabilidad en caso de ruina de la obra.

En todo caso la garantía por vicios ocultos debe ser entregada con antelación al acto de recepción de los trabajos, teniendo los contratistas, la opción de elegir entre constituir fianza por el equivalente al diez por ciento del monto total ejercido de los trabajos;

⁵⁵³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 739.

⁵⁵⁴ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 362.

⁵⁵⁵ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 143 y 263.

⁵⁵⁶ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 371 a 381.

⁵⁵⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo. Op. Cit. Pág. 351.

presentar una carta de crédito irrevocable por el equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de los trabajos, o bien, aportar recursos líquidos por una cantidad equivalente al cinco por ciento del mismo monto en fideicomisos especialmente constituidos para ello, la cual sólo podrá ser liberada después de transcurrido el plazo de doce meses computados a partir del momento en que se instrumente el acto de recepción física de los trabajos, siempre y cuando durante ese período no haya surgido ninguna responsabilidad a cargo del contratista.

Un aspecto a considerar respecto de esta garantía, es el plazo de su vigencia, ya que por lo general resulta excepcional que los vicios ocultos se manifiesten antes de transcurrido un año del acto de entrega de los trabajos, asimismo, en el supuesto de otras responsabilidades, en las que pudieran haber participación de los servidores públicos, lo cierto es que la existencia de las mismas generalmente es determinada después de ese plazo, ya que ello depende del momento en que las autoridades que ejercen control sobre la función pública reciben información del ejercicio del gasto y están en opción de practicar auditorías, en las que pudieran detectarse la existencia de trabajos mal ejecutados, pagos en exceso, ya sea por volumen inexistente o bien por trabajos inexistentes, por tanto, en mi opinión si los servidores públicos responden por ese tipo de faltas durante plazos de tres o cinco años, según se aplique la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la Ley Federal sobre Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, o bien la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, lo lógico sería que los contratistas responsables directos de la ejecución de los trabajos respondan de vicios ocultos u otras responsabilidades en que hubieren incurrido, por un término similar.

En el supuesto de que durante el lapso de garantía apareciesen defectos o vicios en los trabajos realizados por el contratista, el órgano estatal contratante, deberá notificar por escrito al contratista, tal circunstancia, para que éste haga las correcciones o reposiciones correspondientes, dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, transcurrido este término sin que se hubieran realizado, se debe proceder a hacer efectiva la garantía. Si la reparación requiere de un plazo mayor, las partes podrán convenirlo, debiendo continuar vigente la garantía.

4.8.3.- LOS TIPOS DE GARANTÍA.

Como ya fue analizado, mediante el documento denominado Políticas, Bases y Lineamientos en materia de obra pública que deben emitir los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades, aunque inconstitucionalmente, están facultados para determinar los tipos de garantía que deberán otorgarse para garantizar el cumplimiento de los contratos y el buen uso del anticipo, ya que en el caso de los vicios ocultos la LOPSRM, determina taxativamente los tipos de garantía que han de otorgarse para responder por esa responsabilidad, por tanto, en mi opinión las garantías a otorgarse en los dos primeros casos, podrían hacerse consistir en: fianza, cheque de caja o certificada, fideicomiso, aval bancario, depósito bancario, hipoteca, prenda, carta de crédito irrevocable, y garantías internacionales, mismas que son descritas por López-Elías⁵⁵⁸, sin embargo, lo tradicionalmente acostumbrado es que la garantía exigida se haga consistir en una fianza, la cual se cancela automáticamente al transcurrir un año desde que haya tenido verificativo la celebración del acto de recepción de los trabajos.

4.8.3.1.- LA FIANZA.

Según el artículo 2794, del Código Civil Federal, la fianza es el contrato a través del cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, en el supuesto de que éste último no lo hiciera así. De conformidad con la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, este tipo de contratos sólo debe celebrarse con instituciones debidamente autorizadas para ello por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Si bien como se ha comentado, esta es la garantía requerida por excelencia para garantizar el cumplimiento de los contratos y el buen uso del anticipo, así como para responder de los vicios ocultos, en la práctica, estas garantías resultan insuficientes para garantizar todos los rubros que pueden llegar a determinarse por la ejecución de obras públicas, existiendo deficiencias en los textos de las pólizas respectivas y mayores deficiencias en el cobro de estas garantías, debido a que los reclamos presentados no cumplen con todos los requisitos establecidos tanto en la Ley Federal de Instituciones de

⁵⁵⁸ López-Elías, José Pedro, Op. Cit. Págs. 166 a 171.

Fianzas, como el Reglamento del Artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el cobro de Fianzas otorgadas a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, distintas de las que garantizan obligaciones fiscales federales a cargo de terceros, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de enero de 1991, además de que se les da el tratamiento de cláusulas penales y no de sanciones pecuniarias, por lo que generalmente después de largos litigios, no se logra recuperar el monto de las responsabilidades en que realmente incurrieron los contratistas, lo que obliga a otros litigios y en general a recorrer un largo camino para recuperar los adeudos.

Ahora bien, en el supuesto que la decisión haya sido en el sentido que la mejor forma de garantía de las obligaciones contractuales sea la fianza, los entes estatales deben establecer en dichos documentos y cuidar que cada póliza de fianza contenga cuando menos las siguientes declaraciones: Que se otorga atendiendo a todas las estipulaciones contenidas en el contrato; que para su liberación se requiere autorización expresa y por escrito del órgano estatal contratante; que estará vigente durante la substanciación de todos los recursos legales o juicios que se interpongan y hasta que se dicte resolución definitiva por autoridad competente, y que la compañía afianzadora acepta expresamente a los procedimientos de ejecución previstos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas para la efectividad de las fianzas.

Además, invariablemente en los casos de otorgamiento de prórrogas o esperas al contratista, derivadas de la formalización de convenios, se deberá obtener la modificación de la fianza; cuando al realizarse el finiquito resulten saldos a cargo del contratista y éste efectúe la totalidad del pago en forma incondicional, los entes estatales están obligados a liberar la fianza respectiva, y en el supuesto que se requiera hacer efectivas las fianzas, deberán remitirlas a la Tesorería de la Federación, o iniciar el procedimiento respectivo, dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se verifique el incumplimiento por parte del obligado y, por lo tanto, la garantía sea exigible en los términos del artículo 143 del Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación, la solicitud donde se precise la información necesaria para identificar la obligación o crédito que se garantiza y los sujetos que se vinculan con la fianza, debiendo acompañar los documentos que soporten y justifiquen el cobro.

El término antes indicado para presentar la reclamación, resulta de imposible cumplimiento, si con posterioridad al incumplimiento todavía debe substanciarse el procedimiento administrativo de rescisión de contrato, y posteriormente el previsto en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el reglamento de su artículo 95, por tanto, el término para presentar dicha reclamación debe computarse no treinta días después de que exista o se haya realizado el incumplimiento, sino treinta días naturales después de que se hayan substanciado y terminado los procedimientos que las normas exigen para hacer constar que efectivamente el contratista incumplió con sus obligaciones, ya que pretender cumplir con el término establecido, implicaría pretender hacer el reclamo sin contar con la documentación que legalmente determine la existencia del incumplimiento, por tanto, el reclamo debe efectuarse cuando lo determina la LOPSRM, el RLOPSRM y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y el Reglamento de su artículo 95.

4.8.3.2.- LA CARTA DE CRÉDITO IRREVOCABLE.

El artículo 66 de la LOPSRM, establece que una opción para el otorgamiento de garantía de vicios ocultos es la presentación de una carta de crédito irrevocable, la cual es regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del artículo 311 al 316, mismas que sólo pueden ser expedidas por instituciones de crédito debidamente autorizadas, a través de ellas, el banco emisor se obliga frente a un tercero que es el beneficiario, en este caso el órgano estatal contratante, a pagar una determinada cantidad de dinero, que en este caso (artículo 66 de la LOPSRM), debe ser equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de los trabajos, contra la presentación de ciertos documentos que son establecidos en la propia carta de crédito.

En el caso específico la reclamación de incumplimiento de reparación de vicios ocultos, debe determinar la existencia del defecto o vicio oculto, así como de las pruebas que acrediten su existencia, así como la solicitud de reparación, lo cual, de conformidad con la LOPSRM, debe ocurrir antes de que transcurran doce meses contados desde el momento en que tuvo verificativo el levantamiento del acta de recepción de los trabajos, ya que transcurrido dicho plazo, la carta de crédito irrevocable quedará cancelada en forma automática o mediante solicitud por escrito del contratista, en atención a que feneció el plazo de vigencia de la misma.

4.8.3.3.- EL FIDEICOMISO.

Una opción más establecida por el artículo 66 de la LOPSRM, para la contratista, en el caso de garantías para responder de vicios ocultos u otras responsabilidades en que pudiera haber incurrido es la aportación de recursos líquidos por una cantidad equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de los trabajos, en fideicomisos especialmente constituidos para ello.

El fideicomiso está regulado por la ya citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual en su artículo 350 establece que únicamente pueden constituirse en fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a lo previsto en la misma norma y en el artículo 381 lo define estableciendo que a través de él, una persona llamada fideicomitente, en este caso el contratista, destina ciertos bienes, que según el artículo 66 de la LOPSRM, debe ser equivalente al cinco por ciento del monto total ejercido de los trabajos, los cuales han de ser invertidos en instrumentos de renta fija, para la realización de un fin lícito determinado, que en este caso es garantizar el pago de los vicios ocultos u otras responsabilidades, que pudieran surgir en la obra durante el año siguiente a su recepción.

Esto es, el saneamiento de los vicios ocultos de la obra, y también de otras responsabilidades en que hubiese incurrido el contratista, en agravio del ente contratante quien se constituye en el fideicomisario, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, es decir, generalmente una institución de crédito. La regulación detallada del fideicomiso está prevista en los artículos 381 al 413 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En el supuesto de que durante el lapso de un año, computado a partir de la celebración del acto de recepción de la obra, no se determine la existencia de vicio oculto alguno u de cualquier otra responsabilidad, los contratistas, podrán retirar sus aportaciones en fideicomiso y los respectivos rendimientos.

4.8.4.- EL CLAUSULADO O ESTIPULACIONES MÍNIMAS INDISPENSABLES EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.

La legislación mexicana ha pasado de establecer modelos de contratos de obra pública, mediante oficios circulares y normas reglamentarias inconstitucionalmente emitidas a

establecer en la ley misma, los requisitos mínimos que deben cumplir los contratos en análisis, la primera etapa se dio con las leyes de Inspección de Contratos y Obras Públicas y la Ley de Obras Públicas; la segunda etapa se inició con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y continúa con la actual LOPSRM.

Una vez emitido el fallo, la LOPSRM, en su artículo 47, obliga a que el contrato respectivo sea firmado dentro de los treinta días naturales siguientes, estableciendo como condición para ello que el mismo se encuentre previamente garantizado, además, conforme a lo previsto por el artículo 46 del mismo ordenamiento legal en cita, y el artículo 49, del RLOPSRM, dicho instrumento jurídico debe contener un mínimo de declaraciones y estipulaciones, que se hace consistir en lo siguiente:

En cuanto a declaraciones, es evidente que entre ellas debe estar la forma y términos en que cada una de las partes legitima su personalidad jurídica y su capacidad, según se trate del contratista o del ente estatal, al igual que el domicilio legal de cada una de las partes, y en su caso los poderes que acrediten la actuación de los apoderados o mandantes según sea el caso, sin embargo, la norma no indica todos estos aspectos, pero su inclusión resulta por demás evidente. Las declaraciones que señala la norma ha de contener todo contrato son tres: La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato; la indicación de cual fue el procedimiento de adjudicación del contrato; y que forman parte del instrumento jurídico, el programa de ejecución de los trabajos, el presupuesto respectivo, además de los anexos técnicos que incluirán, entre otros documentos, los planos con sus modificaciones, las especificaciones generales y las particulares de construcción.

En el caso de los pactos contractuales, estipulaciones o cláusulas, la norma en cita determina que estas deben contener como mínimo las siguientes: El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato; el plazo de ejecución de los trabajos y los plazos relativos a la verificación de terminación de los trabajos y elaboración del finiquito, habiéndose omitido el de formulación del acta administrativa de extinción de contrato; los porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que, en su caso, se deban otorgar; la forma y términos de garantizar, tanto la correcta inversión de los anticipos, como el cumplimiento del contrato; los plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones o certificaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los

ajustes de costos; las penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos; el reintegro de pagos en exceso y los intereses respectivos; el procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación y deberá regir durante la vigencia del contrato; el procedimiento administrativo de rescisión y sus causales; la descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar; y los procedimientos mediante los que las partes entre sí, resolverán las discrepancias de carácter técnico y administrativo.

Sin embargo, de la simple revisión de cualquier contrato de obra pública, puede concluirse que la norma fue omisa en cuanto a establecer la inclusión de muchas cláusulas o pactos y declaraciones contractuales que son de uso común en estos acuerdos de voluntades tales las relativas a: La disponibilidad de dictámenes, permisos, licencias, derechos para el uso de bancos de materiales y del inmueble o inmuebles; el establecimiento de la superintendencia de construcción, y las normas a que se sujetará el nombramiento y la permanencia del representante de la contratista en el sitio de la obra; las relaciones laborales del contratista con sus trabajadores; la responsabilidad del contratista en la ejecución de la obra; las normas bajo las que se ejercerá la facultad de dirección y control de la obra; las modificaciones al contrato; las normas a que, en su caso, se sujetará la suspensión de los trabajos o la terminación anticipada del contrato; los descuentos por concepto de pago de derechos (cargos adicionales) y cuotas a asociaciones de tipo gremial; y la jurisdicción y competencia de tribunales en caso de conflicto entre las partes, diferente al de cuestiones técnico administrativas.

Finalmente, la norma determina que el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos, son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones, sin embargo, de conformidad con lo ya analizado respecto de los procedimientos administrativos de contratación y por efecto de las teorías de los actos separables y los actos coaligados, debe tenerse presente que el pliego de requisitos o bases de la licitación también forman parte integrante del contrato, especialmente cuando del propio instrumento jurídico o en sus anexos y la bitácora de obra, surjan dudas respecto de los derechos y obligaciones de las partes, ya que en tal supuesto, dicho documento servirá de base para interpretar debidamente el contenido de las cláusulas contractuales, tal como es expuesto en la tesis aislada emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el título de: "Licitación Pública. El cumplimiento de

sus bases es requisito indispensable para analizar las ofertas y adjudicar el contrato respectivo", correspondiente a la novena época, y publicada en el tomo XIV, de octubre de 1994, del Semanario Judicial de la Federación, Tesis I, 3º. A. 572 A, página 318, ya citada en el tercer capítulo de este trabajo.

4.9.- DIRECCIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

En general todo lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo en relación con los principios de continuidad y de dirección y control, en los contratos administrativos es plenamente aplicable a los contratos de obra pública. Una vez iniciada la ejecución de un contrato de obra pública, resulta obligatorio para el contratista ejecutar los trabajos en forma continua hasta su total terminación. En tal sentido lo establece el artículo 81 del RLOPSRM, cuando señala:

"La ejecución de los trabajos deberá realizarse con la secuencia y en el tiempo previsto en los programas pactados en el contrato."

El ritmo de ejecución de los trabajos debe ser el establecido en Programa General de Ejecución de éstos, mismo que como ya se dijo forma parte integrante del contrato. El principio general es que el contratista no tiene derecho a suspender por ningún motivo la ejecución de los trabajos, salvo casos expresamente determinados por la norma o mediante estipulación contenida en el contrato, por tanto, la interrupción o suspensión injustificada de la ejecución de los trabajos constituye una conducta de incumplimiento grave que es motivo suficiente para que el ente estatal contratante ejerza su facultad sancionadora que puede ir desde la aplicación de penas convencionales hasta la rescisión administrativa del contrato.

Dicha obligación, de ejecución continua de los trabajos, hasta su total terminación, implica que la obra presente los avances físico-financieros establecidos en el citado programa precisamente en los plazos previstos en el mismo, por lo que también la lenta ejecución de los trabajos implicará un incumplimiento del contrato y dará lugar a que el ente estatal quede legitimado para ejercer su facultad sancionadora, salvo el supuesto que el contratista demuestre en forma indubitable la imposibilidad de ejecutar los trabajos al

ritmo programado, por causas no imputables al mismo. En ese sentido se expresan autores como Escola⁵⁵⁹ y García de Enterría y Fernández⁵⁶⁰.

Como se analiza a continuación, en los contratos administrativos y en especial en los de obra pública, los entes estatales contratantes ejercen la dirección y control absolutos de la ejecución de los trabajos, por lo que la obligación del contratista consistirá en ejecutarlos con buena calidad, en estricto apego al proyecto y en especial a las especificaciones generales y especiales de construcción y las normas de calidad, pero sin que ello implique que deba realizarlos con alguna capacidad extraordinaria, la calidad exigible en la realización de la obra es la normal que cualquier persona dedicada profesionalmente a esa actividad.

En ese sentido se expresa Bezzi⁵⁶¹ al señalar que “Los trabajos se realizarán en forma que resulten completos y adecuados a los fines previstos y según las reglas del arte, que no significan ‘arte excelso o exquisito’ si expresamente ello no ha sido motivo de convención, pudiendo la autoridad administrativa ordenar la reconstrucción o reparación por cuenta del contratista de los que no se hayan efectuado en aquellas condiciones...”

En los términos del artículo 67, de la LOPSRM, es el contratista el único responsable de la ejecución de los trabajos, por ello está obligado a sujetarse a todos los reglamentos y ordenamientos de las autoridades competentes en materia de construcción, seguridad, uso de la vía pública, protección ecológica y de medio ambiente que rijan en el ámbito federal, estatal o municipal, así como a las instrucciones, que le gire el ente estatal contratante, mediante la bitácora, por ello es que la norma determina que las responsabilidades y los daños y perjuicios que, en su caso, lleguen a resultar por la inobservancia tanto de las normas como de las instrucciones, serán a cargo del contratista, sin embargo, conviene dejar apuntado que ello mucho dependen de la forma y términos en que haya sido elaborado el proyecto respectivo.

⁵⁵⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 775.

⁵⁶⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 718.

⁵⁶¹ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Pág. 150.

4.9.1.- EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESIDENCIA DE OBRA Y DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE CONSTRUCCIÓN.

En el contrato de obra pública, tal vez como en ningún otro, se manifiesta en toda su magnitud el principio de dirección y control del contrato administrativo, ya que en estos contratos el órgano estatal contratante nunca deja de tener bajo su dirección y control la ejecución de los trabajos, es tal la importancia que el Estado da a esta actividad que no deja que el resultado final, la obra, quede en manos del empresario con quien contrata, sino que siendo tal su necesidad de cerciorarse de que la obra será ejecutada en debidos tiempo, forma, y calidad, que en estricto sentido el contratista ejecuta los trabajos casi como un autómatas, ya que en todo momento es dirigido y controlado.

Sobre esta situación, comentan la aplicación de dicho principio tratadistas como Escola⁵⁶², García de Enterría y Fernández⁵⁶³, Parada⁵⁶⁴, Dromi⁵⁶⁵, En el caso de la legislación mexicana, al igual que en países como España y Argentina, la norma determina que los entes estatales contratantes están obligados a establecer una residencia de obra con antelación al inicio de la ejecución de los trabajos.

Reviste tanta importancia el hecho de que se establezcan previamente las residencias de obra, supervisión y la superintendencia de obra, que el artículo 82 del RLOPSRM, sujeta el inicio de los trabajos, a la condición de que previamente se haya designado y aceptado el nombramiento del servidor público que ha de fungir como residente de obra, igualmente el representante del contratista, denominado superintendente de obra. Lo anterior, sólo admite una excepción y es el caso de que la supervisión de la obra haya sido encargada a un particular, ya que en tal supuesto sólo debe instalarse la residencia de supervisión y la superintendencia de obra, toda vez que la residencia de la obra podrá instalarse con posterioridad al inicio de los trabajos.

La residencia de obra.- Dicha responsabilidad ha de recaer en un servidor público que debe ser designado por el ente estatal contratante, quien tendrá a su cargo la obligación de fungir como representante del mismo ante el contratista, teniendo a su cargo la

⁵⁶² Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 775 y 776.

⁵⁶³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 718 y 719.

⁵⁶⁴ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 356 y 357.

⁵⁶⁵ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 348.

responsabilidad directa de supervisar, vigilar, controlar y revisar la ejecución de los trabajos, lo que por supuesto incluye la aprobación de las denominadas estimaciones, conocidas en la doctrina jurídica como certificaciones de obra, las cuales consisten en documentos en los que el contratista realiza una valuación de los trabajos realizados en un plazo determinado, generalmente treinta días cuando máximo, aplicando a los conceptos de obra los volúmenes y los precios unitarios autorizados para el efecto, o en su caso los trabajos realizados conforme al programa y cédula de avances en los contratos a precio alzado, para efecto de que le sean pagados (artículo 53 de la LOPSRM). Dada la importancia de esta actividad así como el profundo conocimiento que debe tener de la obra el servidor público que la desempeñe, la norma exige que la citada residencia de obra deba ubicarse precisamente en el sitio de ejecución de los trabajos.

El nombramiento del residente de obra, reviste la más alta de las importancias, ya que como ha quedado apuntado es la persona que tendrá a su cargo la facultad de dirección y control de la obra pública, por ello, la norma exige que dicho nombramiento conste por escrito, que el órgano estatal contratante, al realizar la designación correspondiente, tome en consideración aspectos tales como que el servidor público tenga los conocimientos, habilidades, experiencia y capacidad suficiente para llevar la administración y dirección de los trabajos; por lo tanto, al tomar esa decisión, ha de considerar el grado académico de formación profesional de la persona que será designada, la experiencia con que cuente en la administración y construcción de obras, su desarrollo profesional y el conocimiento específico que tenga en la conducción de obras similares a las que se hará cargo, lo cual está previsto en los artículos 83, 84, 85, 86 y 87 del RLOPSRM.

Considerando que algunos órganos estatales tienen como función primordial la ejecución de obras públicas, por tanto, que tienen a su cargo programas de obra pública de gran magnitud, donde se prevé la ejecución de un gran número de obras por año, dependiendo del tamaño de cada obra, del lugar de ejecución donde cada una de ellas se ubique, así como el plazo establecido para dichos efectos en cada caso, la normatividad permite que éstos determinen la ubicación de la o las residencias de obra en zonas de influencia, para efecto de que cada una tenga a su cargo la dirección y control de varias obras públicas.

Dada la importancia de las funciones a cargo de la residencia de obra, la norma establece en forma enunciativa pero no limitativa, en que consisten dichas actividades, cuya

obligación de ejecutar corresponde al servidor público designado para ello, en el artículo 84 del RLOPSRM, el cual a la letra establece:

"Artículo 84.- Las funciones de la residencia de obra serán las siguientes:

- I. Supervisión, vigilancia, control y revisión de los trabajos;
- II. Toma de las decisiones técnicas correspondientes y necesarias para la correcta ejecución de los trabajos, debiendo resolver oportunamente las consultas, aclaraciones, dudas o autorizaciones que presente el supervisor o el contratista, con relación al cumplimiento de los derechos y obligaciones derivadas del contrato;
- III. Vigilar, previo al inicio de los trabajos, se cumplan con las condiciones previstas en los artículos 19 y 20 de la Ley;
- IV. Vigilar que se cuente con los recursos presupuestales necesarios para realizar los trabajos ininterrumpidamente;
- V. Dar apertura a la bitácora, la cual quedará bajo su resguardo, y por medio de ella dar las instrucciones pertinentes, y recibir las solicitudes que le formule el contratista;
- VI. Vigilar y controlar el desarrollo de los trabajos, en sus aspectos de calidad, costo, tiempo y apego a los programas de ejecución de los trabajos de acuerdo con los avances, recursos asignados, rendimientos y consumos pactados en el contrato.
Tratándose de rendimientos y producción de la maquinaria o equipo de construcción, se deberá vigilar que éstos cumplan con la cantidad de trabajo consignado por el contratista en los precios unitarios y los programas de ejecución pactados en el contrato, independientemente del número de máquinas o equipos que se requieran para su desarrollo.
Cuando el proyecto requiera de cambios estructurales, arquitectónicos, funcionales, de proceso, entre otros, deberá recabar por escrito las instrucciones o autorizaciones de los responsables de las áreas correspondientes;
- VII. Vigilar que, previamente al inicio de la obra, se cuente con los proyectos arquitectónicos y de ingeniería, especificaciones de calidad de los materiales y especificaciones generales y particulares de construcción, catálogo de conceptos con sus análisis de precios unitarios o alcance de las actividades de obra, programas de ejecución y suministros o utilización, términos de referencia y alcance de servicios;
- VIII. Revisar, controlar y comprobar que los materiales, la mano de obra, la maquinaria y equipos sean de la calidad y características pactadas en el contrato;
- IX. Autorizar las estimaciones, verificando que cuenten con los números generadores que las respalden;
- X. Coordinar con los servidores públicos responsables, las terminaciones anticipadas o rescisiones de obras y, cuando procedan, las suspensiones de obra; debiéndose auxiliar de la dependencia o entidad para su formalización;
- XI. Tramitar, en su caso, los convenios modificatorios necesarios;
- XII. Rendir informes periódicos, así como un informe final sobre el cumplimiento del contratista en los aspectos legales, técnicos, económicos, financieros y administrativos;

- XIII. Autorizar y firmar el finiquito del contrato;
- XIV. Verificar la correcta conclusión de los trabajos, debiendo vigilar que la unidad que deba operarla reciba oportunamente el inmueble en condiciones de operación, los planos correspondientes a la construcción final, así como los manuales e instructivos de operación y mantenimiento y los certificados de garantía de calidad y funcionamiento de los bienes instalados;
- XV. Cuando exista un cambio sustancial al proyecto, a sus especificaciones o al contrato, el residente de obra presentará a la dependencia o entidad el problema con las alternativas de solución, en las que se analice factibilidad, costo y tiempo de ejecución, y establecerá la necesidad de prórroga, en su caso, y
- XVI. Las demás funciones que señalen las dependencias y entidades.”

Respecto de las obligaciones señaladas en las fracciones III, y VII, del artículo 84, del RLOPSRM, es claro que las exigencias reglamentarias para el residente de supervisión, resultan excesivas e incongruentes con el proceso administrativo público de la obra pública, ya que todas las consideraciones relativas a la formulación del proyecto, con respecto de las normas de construcción vigentes en el lugar donde ha de ejecutarse la obra y las de carácter ambiental; así como la obtención de permisos y licencias; conforme a lo previsto por la ley deben ser responsabilidad de los servidores públicos responsables de realizar todas las actividades inherentes a las etapas del proceso administrativo público de la obra pública relativas a la programación y presupuestación, por tanto, ha de concluirse, que en su caso la responsabilidad del residente de obra, debe limitarse para responsabilizarlo de verificar que las unidades administrativas correspondientes hayan cumplido cabalmente con dichas obligaciones y en su caso requerir por escrito su cumplimiento, sin embargo, esto último resulta muy difícil de realizarse en la práctica, ya que por lo general en los órganos estatales, los residentes de obra, son el último eslabón en una cadena de mando, por lo tanto, en ellos influye el temor reverencial y el fáctico a ser destituidos de sus puestos, además del desconocimiento normativo.

La obligación a que se refiere la fracción IV, del citado artículo 84, del RLOPSRM, al igual que en el anterior caso, resulta ser excesiva para el nivel jerárquico de los servidores públicos que realizan esta función, y en estricto sentido la ley no determina que sean éstos los servidores públicos responsables de que exista la suficiencia presupuestal necesaria para la ejecución sin interrupciones de los trabajos, ya que por las razones expuestas, generalmente ello dependerá de la voluntad de sus superiores jerárquicos. En mi opinión el reglamento, pretende responsabilizar de todo el proceso administrativo

público de la obra pública al residente de obra, en tal caso, si estos servidores públicos tienen todas esas responsabilidades, la pregunta obligada es: ¿para que existen entonces las unidades administrativas que supuestamente tienen a su cargo la realización de todas esas actividades?

Respecto de lo previsto por la fracción XI, del citado artículo 84 del RLOPSRM, esa obligación también excede con mucho el nivel de responsabilidad de los residentes de obra, ya que en su caso, a éstos sólo corresponde coordinar las actividades necesarias para que se formalicen dichos instrumento jurídicos, ya que en todo caso, sólo le corresponde plantear la necesidad de realizar las adecuaciones contractuales necesarias, y formular los documentos justificativos que requiere la norma, sin embargo, la tramitación, autorización y celebración de los convenios modificatorios o adicionales, ha de corresponder a las unidades administrativas responsables de ello, generalmente la misma que suscribió el contrato, esto es, a los superiores jerárquicos del residente de obra, ya que son los niveles de mando superior quienes se reservan esta facultad.

La residencia de supervisión.- Como ya se comentó la norma establece la posibilidad de que dicha función también sea realizada por particulares a través de contratos de servicios relacionados con la obra pública, sin embargo, no deja en manos de los particulares la responsabilidad de autorizar las certificaciones de obra ejecutada o estimaciones, sino que obliga a que dichos documentos sean autorizados para efectos de pago, por el servidor público que realice las funciones de residente de obra del ente estatal contratante.

Se establece que el contratista que realice funciones de supervisión de obra se constituye en un auxiliar técnico de la residencia de obra, con las funciones que a continuación se detallan, con independencia de las que, en su caso, se pacten en cada contrato de supervisión. Es importante tener presente que las funciones o actividades previstas en el artículo 86, del RLOPSRM, son enunciativas y no limitativas, y que en caso de no existir dicho auxiliar técnico, resulta lógico establecer, éstas implican un desglose más detallado de las responsabilidades que en su caso tiene la residencia de obra.

“Artículo 86.- Las funciones de la supervisión serán las que a continuación se señalan:

- I. Previamente al inicio de los trabajos, deberá revisar detalladamente la información que le proporcione la residencia de obra con relación al contrato, con el objeto de enterarse con detalle de las condiciones del sitio de la obra y de las diversas partes y características del proyecto, debiendo recabar la información necesaria que le permita iniciar los trabajos de supervisión según lo programado y ejecutarlos ininterrumpidamente hasta su conclusión;
- II. Integrar y mantener al corriente el archivo derivado de la realización de los trabajos, el que contendrá, entre otros:
 - a. Copia de planos;
 - b. Matrices de precios unitarios o cédula de avances y pagos programados, según corresponda;
 - c. Modificaciones a los planos;
 - d. Registro y control de la bitácora, y las minutas de las juntas de obra;
 - e. Permisos, licencias y autorizaciones;
 - f. Contratos, convenios, programas de obra y suministros, números generadores, cantidades de obra realizadas y faltantes de ejecutar y presupuesto;
 - g. Reportes de laboratorio y resultado de las pruebas, y
 - h. Manuales y garantía de la maquinaria y equipo;
- III. Vigilar la buena ejecución de la obra y transmitir al contratista en forma adecuada y oportuna las órdenes provenientes de la residencia de obra;
- IV. Registro diario en la bitácora de los avances y aspectos relevantes durante la obra;
- V. Celebrar juntas de trabajo con el contratista o la residencia de obra para analizar el estado, avance, problemas y alternativas de solución, consignando en las minutas los acuerdos tomados;
- VI. Analizar con la residencia de obra los problemas técnicos que se susciten y presentar alternativas de solución;
- VII. Vigilar que el superintendente de construcción cumpla con las condiciones de seguridad, higiene y limpieza de los trabajos;
- VIII. Revisar las estimaciones de trabajos ejecutados para efectos de que la residencia de obra las apruebe; conjuntamente con la superintendencia de construcción del contratista deberán firmarlas oportunamente para su trámite de pago;
- IX. Vigilar que los planos se mantengan debidamente actualizados, por conducto de las personas que tengan asignada dicha tarea;
- X. Analizar detalladamente el programa de ejecución de los trabajos considerando e incorporando, según el caso, los programas de suministros que la dependencia o entidad haya entregado al contratista, referentes a materiales, maquinaria, equipos, instrumentos y accesorios de instalación permanente;
- XI. Coadyuvar con la residencia de obra para vigilar que los materiales, la mano de obra, la maquinaria y equipos sean de la calidad y características pactadas en el contrato;
- XII. Verificar la debida terminación de los trabajos dentro del plazo convenido;
- XIII. Coadyuvar en la elaboración del finiquito de los trabajos, y
- XIV. Las demás que le señale la residencia de obra o la dependencia o entidad en los términos de referencia."

La superintendencia de obra.- En cuanto al representante de la contratista en el sitio de los trabajos, como ya se dijo se le denomina superintendente de construcción, éste deberá conocer con amplitud los proyectos, normas de calidad y especificaciones de construcción, catálogo de conceptos o actividades de obra, programas de ejecución y de suministros, incluyendo los planos con sus modificaciones, especificaciones generales y particulares de construcción y normas de calidad, bitácora, convenios y demás documentos inherentes, que se generen con motivo de la ejecución de los trabajos.

Asimismo, debe estar facultado por el contratista, para oír y recibir toda clase de notificaciones relacionadas con los trabajos, aún las de carácter personal, así como contar con las facultades suficientes para la toma de decisiones en todo lo relativo al cumplimiento del contrato. Dada la importancia de la función desempeñada por el representante de la contratista en la obra, los órganos estatales, tal como lo previene el RLOPSRM, al nivel de estipulación contractual suelen reservarse el derecho de solicitar en cualquier momento, por causas justificadas, la sustitución del superintendente de construcción, y el contratista tendrá la obligación de nombrar a otro que reúna los requisitos exigidos en el contrato.

Como ya se ha dicho, no se deben incluir en los contratos obligaciones distintas a las establecidas en los pliegos de requisitos o bases de la licitación, por tanto, ha de ser en esos documentos donde se establezca originalmente los requisitos de capacidad técnica, años de experiencia y grado profesional de preparación, conque deben cumplir los superintendentes de construcción, sin embargo, también es cierto que dichos requisitos han de establecerse puntualmente en el contrato respectivo, ya que sólo así podrán ser exigibles al contratista. Como una obligación general de la empresa constructora está la asunción de los riesgos, la conservación y la limpieza de los trabajos hasta el momento de su entrega al ente estatal contratante, por tanto, están a cargo del superintendente de construcción.

Obligaciones adicionales del contratista.- El RLOPSRM, retoma algunas obligaciones que se habían establecido para las empresas contratistas tanto en las Bases y Normas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realizaran las dependencias a que se refería la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, las Bases y Normas para la Contratación y Ejecución de

Obras Públicas, aplicables a todos los Proyectos y Obras que realicen las dependencias a que se refiere La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, la antigua Ley de Obras Públicas y las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, ya comentados en el segundo capítulo de este trabajo, las cuales, habían quedado en desuso.

La norma señala que el contratista estará obligado a coadyuvar en la extinción de incendios comprendidos en las zonas en que se ejecuten los trabajos objeto del contrato, con el personal y elementos de que disponga para ese fin; igualmente el contratista se obliga a dar aviso al residente de obra de la existencia de incendios, de su localización y magnitud; además que debe notificar al residente de obra, de la aparición de cualquier brote epidémico en la zona de los trabajos objeto del contrato y de coadyuvar de inmediato a combatirlo con los medios de que disponga. A este tenor la norma señala que también es su obligación notificar al residente de obra cuando se afecten las condiciones ambientales y los procesos ecológicos de la zona en que se realicen los trabajos.

Dado que generalmente en los catálogos de conceptos y en los alcances de las obras no se prevén estas obligaciones, en mi opinión, para que tengan plena vigencia, es necesario que en los contratos de obra se establezcan dichas obligaciones en forma puntual, además de la forma y términos en que el órgano estatal contratante, cubrirá al contratista los cargos económicos que el cumplimiento de dichas obligaciones le impongan, es decir, se debe prever, el pago de una indemnización que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, para lo cual como ya se había señalado anteriormente, el sistema de pago más conveniente, podría ser el de coste y costas, por lo que una vez incluida la existencia de dicha modalidad contractual, nada impediría que el pago de dichas actividades extraordinarias, en caso de que se den, sea mediante convenio, en que se prevea que el contrato será mixto, con una forma de pago como originalmente se había estipulado y la nueva bajo el régimen de coste y costas. Aunque claro, también es posible que con motivo de dichas actividades, se establezcan precios extraordinarios, en los que se establezca el costo de las actividades que por esta obligación ha de cumplir el contratista, pero lo que es definitivo, es que el desarrollo de estas actividades no puede ser gratuito, ya que ello implicaría una carga adicional al contratista que violaría los principios previstos por la fracción IV, del artículo 31, constitucional.

4.9.2.- EL INICIO DE LOS TRABAJOS, EL PROGRAMA DE EJECUCIÓN, LA CONTINUIDAD DE LOS TRABAJOS Y EL PLAZO DE EJECUCIÓN.

Una vez instalada la residencia de obra, en su caso la de supervisión y por supuesto la superintendencia de construcción, se esta en posibilidad de que las partes prosigan con el cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo, sin embargo, algunas de ellas han de cumplirse previo a la entrega del anticipo, el replanteo, la entrega del proyecto ejecutivo de obra pública completo, y el programa general de ejecución de los trabajos.

Entrega oportuna del anticipo.- Considerando lo anterior, quien en primer término tiene una obligación es precisamente el contratista, ya que como es común, en los contratos se acuerda el otorgamiento de anticipos, en tal sentido, el contratista está obligado a garantizar oportunamente el pago de la cantidad que por ese concepto se haya acordado, la cual ha de ser determinada desde el pliego de requisitos o bases de la licitación. Como lo establecen los artículos 50, fracción I, de la LOPSRM, y 110 del RLOPSRM, el atraso en la entrega del anticipo será motivo para que el órgano estatal contratante, difiera en igual plazo el programa de ejecución pactado, lo cual ha de hacerse constar en convenio.

Sin embargo ello sólo será procedente en el supuesto de que el atraso en el pago de mérito sea imputable al Estado, ya que cuando la causa sea que el contratista no haya entregado la garantía de anticipo dentro del plazo de quince días siguientes al de notificación del fallo, es decir, conjuntamente con la de cumplimiento de contrato, el diferimiento no será procedente, por tanto, subsistirá para el contratista la obligación de iniciar los trabajos en la fecha establecida originalmente; es importante destacar que la factibilidad de solicitar el diferimiento del programa general de ejecución de los trabajos, por dicha causa, en los contratos multianuales, únicamente es procedente respecto de la entrega del anticipo correspondiente al primer ejercicio.

Una vez cumplimentado lo anterior, quien tiene a su cargo obligaciones *sine qua non*, es posible iniciar la ejecución de los trabajos es el ente estatal contratante, ya que a él corresponde tanto la entrega del inmueble como el replanteo del proyecto.

La entrega del o los inmuebles o replanteo.- El artículo 52 de la LOPSRM, se refiere a dicha obligación, señalando que el Estado está obligado a poner a disposición del contratista el o los inmuebles en que deban llevarse a cabo la ejecución de los trabajos, con oportunidad, lo cual ha de interpretarse en el sentido de que ello ha de ocurrir con antelación a la fecha programada de inicio de la obra; asimismo, la norma establece que dicha entrega ha de realizarse formalmente, por ello, obliga a que dicho acto conste por escrito. Ante el incumplimiento de esta obligación, con la debida oportunidad, la obligación del Estado es prorrogar en igual plazo la fecha originalmente pactada para la conclusión de los trabajos.

En la doctrina, prácticamente todos los tratadistas que se ocupan del tema, como son Parada⁵⁶⁶, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁶⁷, Dromi⁵⁶⁸, Fiorini⁵⁶⁹, y Bezzi⁵⁷⁰, entre otros, hacen referencia a esta actividad, denominándola replanteo, y lo describen no sólo como la entrega del inmueble como lo hace nuestra legislación, sino como la actividad realizada por los representantes de las partes contratantes, consistente en deslindar y amojonar el terreno o terrenos donde ha de ejecutarse la obra, pero además se demuestra la posesión del terreno y se transfiere al contratista, asimismo, al momento de la entrega se efectúa una revisión del proyecto y se demuestra la viabilidad técnica del mismo, en cuanto a su ejecución en el sitio designado para ello, y sólo después de dicha evidencia fáctica de realización de la obra, se autoriza el inicio de la ejecución de los trabajos y el proyecto ejecutivo de la obra es incorporado al expediente de la obra.

En otros países, es de tal importancia esta actividad, que se notifica formalmente al contratista de su realización; en caso de inasistencia se impone una sanción pecuniaria y ante la constante omisión se procede a rescindir administrativamente el contrato; igualmente, el contratista, ante la inactividad del ente estatal contratante, puede intimar o requerir la realización de esta actividad y en caso de omisión por más de treinta días, se le faculta para que solicite la rescisión del contrato, haciéndose acreedor al pago de una indemnización por el incumplimiento del Estado, por tanto, ha de concluirse que en la legislación nacional, el replanteo esta regulado para realizar un cumplimiento mínimo,

⁵⁶⁶ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 356.

⁵⁶⁷ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 134 y 135.

⁵⁶⁸ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 347.

⁵⁶⁹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 708 y 709.

⁵⁷⁰ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Pág. 140.

además, su realización en toda su amplitud de actos y efectos, demuestra al contratista la viabilidad de realizar los trabajos en el lugar y plazo previstos: La simple entrega de los terrenos, sin el deslinde respectivo, el amojonamiento y la demostración fáctica de ejecución del proyecto, además de la entrega de las licencias, permisos y autorizaciones indispensables para la ejecución de los trabajos, en la práctica da lugar a múltiples disputas entre los órganos estatales contratantes y las contratistas, respecto de la factibilidad de ejecutar los trabajos, en el lugar y el plazo establecido, por lo que resulta urgente una reforma legal en ese sentido.

El proyecto ejecutivo de obra pública.- Un requisito indispensable para realizar una obra pública, resulta ser el llamado proyecto ejecutivo de obra pública, cuya existencia es determinada por la LOPSRM en las fracciones I y II, del artículo 4, el cual, dependiendo del tipo de obra, su magnitud e importancia estará conformado por diversos documentos, como lo detalla el citado precepto, al señalar que consisten en la planeación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran, ya sea, un proyecto de ingeniería básica, estructural, de instalaciones, de infraestructura, industrial, electromecánica y de cualquier otra especialidad de la ingeniería, o bien, los que integran un proyecto urbano, arquitectónico, de diseño gráfico o artístico y de cualquier otra especialidad del diseño, la arquitectura y el urbanismo, que sean requeridos para completar lo que denomina un proyecto ejecutivo de obra pública. En resumen, dicho proyecto ejecutivo de obra pública, ha de conformarse, según corresponda, por los proyectos arquitectónicos y de ingenierías, en donde se plasman la forma y términos en que ha de ser ejecutada una obra pública, los cuales han de contener las especificaciones generales y particulares de construcción, además de las normas de calidad que en cada caso se requieran.

Como ya fue analizado, antes de convocar o contratar una obra pública, el Estado, está obligado a contar con los proyectos de arquitectura e ingeniería totalmente terminados o bien con un grado de avance tal que permita la formulación de propuestas solventes, que hagan factible la realización de los trabajos y con el fin último perseguido por el contrato de obra pública, la obra totalmente terminada y a través de ella el Interés público, ya sea en forma mediata o inmediata. Consecuentemente, salvo el caso de los proyectos integrales, en donde el contratista sólo recibe el proyecto arquitectónico conceptual y debe desarrollar la ingeniería básica y de detalle, la responsabilidad de la viabilidad del

1.1 -

proyecto recae en el Estado, por tanto, resulta falsa la exigencia de muchos entes estatales en el sentido de que por haber asistido a la visita de obra, el contratista queda obligado a realizar adecuaciones al proyecto, o bien a realizar trabajos no previstos en el proyecto original, sin costo para ellos, ya que en tal supuesto lo que acontecería es que se enriquecerían ilícitamente, pues en estricto sentido ello implicaría una carga adicional para el contratista, no prevista en su contrato, luego entonces vendría a configurarse como una carga fiscal adicional no prevista en norma alguna, que resultaría totalmente inconstitucional.

Para efecto de evitar cualquier tipo de controversia respecto del sembrado del proyecto, esto es, de cómo será desarrollado específicamente en el terreno o predio de que se trate, en mi opinión resulta necesario reformar la ley para efecto de que el replanteo, se realice con los alcances que la doctrina jurídica le atribuye, con ello, antes del inicio de los trabajos, el ente estatal contratante, demostrará en forma indubitable que el proyecto ejecutivo de obra pública es técnicamente viable y está completo, ya que en dicho acto se demostrará la existencia de una memoria de cálculo, los planos arquitectónicos de conjunto, los de ingeniería básica, y los de detalle, con cortes transversales, que demuestre todos los detalles a ejecutar, y su factibilidad técnica, ya que tanto en estos últimos, como en el catálogo de conceptos, se contendrán las especificaciones generales y particulares de construcción, y las normas de calidad, todo lo cual, ha de resultar congruente con el presupuesto de obra propuesto por el contratista y con el programa general de ejecución de los trabajos. En ese sentido se expresan los autores Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁷¹.

Programa de ejecución general de los trabajos.- Al tratar de los procedimientos administrativos de contratación, fue expuesto que uno de los requisitos que el contratista debe cumplir para que su propuesta sea determinada como la más conveniente o ventajosa entre las presentadas y le sea adjudicado el contrato, este debe presentar un programa calendarizado de ejecución general de los trabajos, el cual consiste, precisamente en establecer los períodos de ejecución de cada una de las actividades constructivas, señalando fechas de inicio y terminación, en concordancia con el procedimiento constructivo propuesto.

⁵⁷¹ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 131 a 133.

Igualmente, se analizó que existe la posibilidad de que al contratista sólo se le requiera que presente un ochenta por ciento de los precios unitarios que integran el contrato, por tanto, sus programas de obra también se refieren a ese ochenta por ciento. Al respecto el RLOPSRM, en su artículo 27, inciso A, fracción I, tercer párrafo, y X, segundo párrafo, establece que el licitador u oferente ganador del proceso de selección de contratista, queda obligado a presentar ante el órgano estatal contratante en un plazo máximo de quince días naturales siguientes al de la emisión del fallo, es decir, al mismo momento que las garantías de cumplimiento de contrato y buen uso del anticipo, el complemento de los análisis de los precios unitarios, los que deberán ser congruentes con el presupuesto presentado y el programa de ejecución general de los trabajos que considere todos y cada uno de los conceptos que integran la propuesta, utilizando preferentemente redes de actividades con ruta crítica y diagramas de barras.

Por supuesto tratándose de obras de gran magnitud, con plazos de ejecución amplios, tal vez de doce o más meses, la norma permite que dicho programa de ejecución general de los trabajos sea reelaborado con base en el antes señalado, por el superintendente de construcción, dentro de un plazo no mayor de cuarenta y cinco días naturales siguientes al inicio de los trabajos, momento en que debe presentar el programa detallado y definitivo que se aplicará al contrato dentro del marco de referencia pactado. Sin embargo, la norma resulta imperfecta, ya que es omisa en cuanto a las consecuencias de la presentación tardía o la no-presentación de éstos documentos, lo cual debiese ser motivo de sanción, e incluso prohibir el inicio de los trabajos, tal como acontece en España y Argentina, donde se sanciona severamente la falta de presentación de dicho programa, ya que precisamente no se permite el inicio de la obra, si previamente no ha sido, ya no se diga presentado, sino aprobado por el Estado el llamado plan de trabajo.

Esta obligación es general en los contratos de obra pública y a ella se refieren tratadistas como Parada⁵⁷², Fiorini⁵⁷³, Bezzi⁵⁷⁴, y Dromi⁵⁷⁵, quienes se expresan en el sentido de que dicho documento debe expresar claramente la forma y tiempo en que serán utilizados todos los recursos, tales como la mano de obra, los materiales, la maquinaria y equipo de construcción, lo cual ha de ser congruente con el sistema constructivo propuesto, para la

⁵⁷² Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 356.

⁵⁷³ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 707 y 708.

⁵⁷⁴ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 138 a 140.

⁵⁷⁵ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 346 a 347.

pat

mejor y más rápida ejecución de los trabajos, comentando que incluso se ha logrado que la legislación exija, cuando la magnitud de los trabajos lo implica, un plan de trabajos con un diagrama de camino crítico, que representa una programación dinámica, completa y lógica, ya que establece medios de comunicación y atribuye claramente en los niveles directivos las correspondientes responsabilidades. Lo cual, como ya se dijo nuestra legislación sí considerara, especialmente para la ejecución de los grandes proyectos a cargo de paraestatales como la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos, S.A., pero el problema es que ni la LOPSRM, ni el RLOPSRM, definen lo que ha de considerarse ruta crítica y menos aún señalan sanciones en caso de omisión en su presentación oportuna o de plano el incumplimiento de la obligación, lo cual por lo general tampoco es previsto en los contratos.

En cuanto a la continuidad en la ejecución de los trabajos, ya fue expuesto que es responsabilidad del contratista realizar los trabajos encomendados, precisamente conforme al programa general de ejecución de los mismos, ya que en dicho documento se prevé la secuencia lógica de la realización de cada partida o actividad constructiva y de los conceptos de obra, que la integran, en forma detallada, por lo que ello conlleva a la existencia de un orden consecutivo en la ejecución de la obra. Esta obligación de la contratista está prevista expresamente por el artículo 81 del RLOPSRM, ya citado.

El plazo de ejecución.- Una condición indispensable del programa general de ejecución de los trabajos, es que el mismo debe prever la realización de la obra en forma total, y en el plazo previsto, el cual es hecho del conocimiento del contratista desde el llamado a ofertar, y es reiterado en el pliego de requisitos o bases de la licitación, además de que se exige al oferente que los programas general de ejecución de los trabajos y los cuantificados y calendarizados de utilización de mano de obra, materiales, maquinaria y equipo, y utilización de personal profesional técnico, administrativo y de servicio, se ajusten al plazo de ejecución establecido por el órgano estatal convocante, tal como fue analizado en el tercer capítulo de este trabajo.

Como ya también se expuso en la parte inicial de este capítulo, el contrato de obra pública, es de resultado, lo importante de su cumplimiento es la total ejecución de la obra en el plazo previsto, sin embargo, como es lógico, su ejecución en el tiempo no puede dejarse al libre albedrío del contratista, a quien siempre y en todos los casos se le exige, la

realización de los trabajos hasta la total terminación de la obra en un plazo perentorio, en un período de tiempo, que la LOPSRM en sus artículos 31, fracción VIII, 33, fracción XVII y 46, fracción IV, exige que sea establecido en días naturales, sin embargo, dada la naturaleza de este contrato, al igual que la gran mayoría de los contratos administrativos, si el plazo de ejecución se termina, sin que la obra pública esté terminada, el contrato sigue vigente, ya que éste, sólo se termina hasta que los trabajos, la obra, es entregada, esté o no terminada, ya que ello dependiendo de las circunstancias de cada caso dará lugar a diversos efectos.

Por ejemplo, en el caso de que el contratista no haya terminado, debido a que existieron causas no imputables a la misma que lo impidieron, tendrá derecho a la prórroga o la ampliación del plazo e incluso a la terminación anticipada del contrato sin responsabilidad para la misma, o bien, en caso de ser culpable, se hará acreedor a la aplicación de las penas convencionales previstas en el contrato hasta el momento en que la obra sea terminada, o sufrirá la sanción máxima, la rescisión administrativa del contrato, esto en el supuesto de que no sea factible la terminación de la obra en un plazo razonable, como se analizará más adelante, pero el simple transcurso del tiempo y por consecuencia el vencimiento del plazo no lo extingue, debido a que lo importante del contrato de obra pública, es precisamente la obra pública, por ello es que ahora la LOPSRM, en sus artículos 61 a 64, señala que el contrato sólo se terminará por rescisión, terminación anticipada, y cumplimiento del contrato, lo cual implica en todos los casos la entrega física de la obra y finalmente el levantamiento del acta administrativa que extingue los derechos y obligaciones contraídos por las partes.

4.9.3.- LA SUPERVISIÓN DE LOS TRABAJOS, EL ACOPIO Y LA BITÁCORA DE OBRA.

Una vez que se han entregado el anticipo y el o los inmuebles, donde han de ser ejecutados los trabajos, todo lo cual ha de ocurrir antes de la fecha programada para el inicio de los trabajos, el contratista, quien generalmente está organizado y constituido como una empresa, tiene la obligación de dar inicio a la ejecución de los trabajos, y por su parte el órgano estatal contratante, inicia el ejercicio de sus facultades de dirección y control de la obra pública, ya que como se había dicho, no puede desentenderse y dejar que el contratista realice la obra sin vigilancia e intervención directa del Estado, quien

como ya se indicó lo hace a través del residente de obra, y por su parte el contratista encomienda la actividad constructiva en el superintendente de construcción. Ambos representantes de las partes, deben permanecer en constante comunicación durante el tiempo que esté vigente el contrato.

La supervisión de los trabajos.- Esta actividad de los órganos estatales contratantes, tiene por objeto, que el Estado, se cerciore de que los trabajos serán ejecutados en estricto apego a lo establecido en el proyecto ejecutivo de la obra pública de que se trate, por tanto, que los trabajos son concordantes con lo señalado en los proyectos arquitectónicos y los de ingeniería, que cada concepto de obra es realizado en apego a las especificaciones generales y particulares de construcción, y que los materiales utilizados y en general todos los insumos utilizados, cumplen con normas de calidad establecidas en dicho proyecto, para ello, ejerce con especial énfasis sus facultades de dirección y control, por lo que designan a un representante personal para que se cerciore paso a paso de esto, además de vigilar que las actividades constructivas tengan verificativo en los plazos y con la secuencia establecida en el programa general de ejecución y en los especiales.

El acopio.- Después del establecimiento de la superintendencia de construcción, el primer acto relativo a la ejecución de la obra, por parte del contratista, debe ser el acopio, en el sitio de ejecución de los trabajos de los materiales, la maquinaria, equipo, herramientas y equipo de instalación permanente, que ha de ocupar para la realización de los trabajos, así mismo, debe contar en dicho sitio con la mano de obra suficiente y necesaria para ejecutar los trabajos conforme al ritmo de producción que haya sido determinado tanto en el programa general de ejecución de los trabajos, como en los programas específicos cuantificados y calendarizados de mano de obra, de suministro y utilización de materiales, de utilización de maquinaria y equipo de construcción, al igual que de los equipos de instalación permanente. Sin embargo, esta actividad sólo es señalada con vaguedad entre las obligaciones del residente de obra (artículo 84, fracciones VI y VIII), lo que en mi opinión es un error normativo, pues la norma debe dar más importancia a esta actividad, exigiendo que se revisen de forma continua, los suministros de materiales y equipos de instalación permanente, que el contratista deba tener en el sitio de ejecución de los trabajos, al igual que la maquinaria y equipo de construcción con que ha de contar momento a momento para poder ejecutar debidamente la obra.

Para los autores argentinos Dromi⁵⁷⁶, Bezzi⁵⁷⁷ y Fiorini⁵⁷⁸, la obligación del contratista estriba en que al presentar su programa de ejecución general de los trabajos, informa a órgano estatal contratante, de la maquinaria, equipo, herramientas, materiales y equipo de instalación permanente, que utilizará en la ejecución de los trabajos, por tanto, debe afectarlos a la obra teniéndolos en el sitio de la misma, desde el inicio hasta la terminación de la obra, y en el caso de la maquinaria y equipo en condiciones de uso, y en caso de incumplimiento será sancionado.

Sin embargo, aun cuando la norma de ese país así lo determine expresamente, me parece que la obligación resulta excesiva, especialmente si es aplicada a obras de gran magnitud, el sólo pensar que el contratista tenga la obligación que tener en la bodega de la obra, todos los materiales necesarios para la ejecución de la obra, resulta, las más de las veces, de imposible cumplimiento, ya que el tamaño de la bodega tendría que ser tanto o más grande que el predio donde ha de construirse la obra, para guardar en ella absolutamente todos los materiales necesarios para su realización, pues, también desde el punto de vista financiero, implicaría una inversión mucho más grande de la que realmente se requiere para la ejecución de las obras, ya que los insumos tales como los materiales y equipo de instalación permanente ha de suministrarse sólo con la oportunidad debida, pero no en forma tal que implique un dispendio de recursos financieros.

Igualmente, tratándose de la maquinaria y equipo, la obligación de tenerla asignada a la obra durante todo el plazo de ejecución de inicio a fin, con la obligación de conservarla en condiciones de uso durante dicho lapso, de modo tal que incluso el retiro de la misma antes de que fenezca el plazo de ejecución, sea sancionado, resulta exagerado y poco práctico, ya que la maquinaria y equipo, sólo ha de estar en el sitio de ejecución de la obra durante los momentos en que deba de utilizarse, conforme al programa general de ejecución de los trabajos, y el específico, cuantificado y calendarizado de utilización de los mismos, de otro modo, tal exigencia constituirá un daño patrimonial para el contratista, al impedirsele la explotación de su maquinaria y equipo de la forma que mejor convenga a sus intereses, siempre y cuando cumpla con la ejecución de la obra en el plazo y con el ritmo previstos en el citado programa general de ejecución de la obra.

⁵⁷⁶ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 347.

⁵⁷⁷ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 140 a 143.

⁵⁷⁸ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 710 y 711.

En conclusión la obligación de acopio de material y equipo de instalación permanente, así como la asignación de maquinaria y equipo de construcción, a la obra, efectivamente, resultan ser obligaciones que ha de cumplir el contratista a cabalidad, sin embargo, dicho cumplimiento ha de estar subordinado a que la obra pueda ser ejecutada en el plazo general establecido, lo que implica que los plazos parciales de inicio y terminación de cada partida constructiva, en consecuencia de cada concepto de obra, en los plazos previstos, ya que sólo así se garantiza que las partidas constructivas y los conceptos de obra que conforman a las subsiguientes, puedan realizarse en el tiempo programado, consecuentemente, el residente de obra, o en su caso la supervisión de ella, deben dar cuenta periódicamente tanto de los materiales y equipos de instalación permanentes, como de la maquinaria y equipo de construcción, requeridos para ejecutar la obra y de aquellos de que se tiene disponibilidad inmediata, por estar confinados en la bodega del contratista, para efecto de verificar que se cuenta con los implementos necesarios para el cumplimiento del objeto contractual, que es la ejecución de la obra en el plazo establecido.

La bitácora de obra.- Como ya se indicó, la relación del ente estatal contratante y del contratista, es sucesiva, constante durante todo el plazo de ejecución o durante el tiempo que esté vigente el contrato, la cual queda a cargo del residente de obra y del superintendente de construcción, en su calidad de representantes de las partes contratantes. Ahora bien, el medio a través del que representantes de las partes del contrato se mantienen en constante comunicación, es el documento denominado: bitácora de obra, libro de órdenes de servicio o cuaderno de obras, mismo que es definido por la fracción V, del artículo 1 del RLOPSRM, como:

- “V. Bitácora: el instrumento técnico de control de los trabajos, el cual servirá como medio de comunicación convencional entre las partes que firman el contrato y estará vigente durante el desarrollo de los trabajos, y en el que deberán referirse los asuntos importantes que se desarrollen durante la ejecución de las obras y servicios;”

Además los artículos 93 a 97 del mismo RLOPSRM, norman su uso señalando que este es obligatorio en todos los contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma; que dicho documento debe permanecer en la residencia de obra, a disposición de los interesados, por lo que prohíbe que sea retirada de ese lugar; además señala que

cada ente estatal puede ajustar su estructura pero establece normas mínimas para su conformación entre las que se encuentran que debe contar con hojas originales y cuando menos dos copias desprendibles de éstas, una para el contratista y otra para la residencia de obra o supervisión según sea el caso, cada una de las cuales ha de estar foliada y referir el número de contrato de que se trate. Al contenido de cada hoja lo denomina nota, señalando que cada una debe contener: número, clasificación, fecha, descripción del asunto que trate, ubicación, causa, solución, prevención, consecuencia económica, responsabilidad si la hubiere, en su caso, la fecha de atención, y la referencia, de la nota que se contesta.

En aplicación de la teoría de los actos separables y coaligados, debe afirmarse, como lo hace unánimemente la doctrina jurídica, representada por autores como Dromi⁵⁷⁹, Bezzi⁵⁸⁰, Fiorini⁵⁸¹, García de Enterría y Fernández⁵⁸², Parada⁵⁸³, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁸⁴, que cada nota de bitácora, orden de obra o de servicio, es un acto administrativo, por tanto, debe cumplir con todas las formalidades que la ley exige a éstos para su existencia y validez.

Sin embargo, lo anterior no significa de modo alguno que pueda ser utilizada para otros fines, la razón de existencia de este libro de la bitácora de obra, libro de órdenes de servicio, libro o cuaderno de obras, es como lo dice su definición un medio de comunicación entre las partes de un contrato, para efecto de asentar en él todos y cada uno de los asuntos importantes que acontezcan durante el desarrollo de los trabajos, por tanto, no puede ser utilizada para cambiar el objeto del contrato, en su caso, mediante su uso podrá determinarse el ejercicio de la *potestas variandi*, es decir, alguna modificación al contrato, pero en tal caso, la nota de bitácora, orden de obra o de servicio, debe señalar puntualmente que mediante ella se modifica el contrato de que se trate, en la forma y términos que se establezcan, dando seguimiento, mediante nota u órdenes sucesivas a la formalización del convenio que en derecho proceda.

⁵⁷⁹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 348.

⁵⁸⁰ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 147 a 149.

⁵⁸¹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 709 y 710.

⁵⁸² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Pág. 718.

⁵⁸³ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 356.

⁵⁸⁴ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Pág. 140.

El uso de dicho documento es normado por los ya citados artículos 95 y 96, del RLOPSRM, los cuales a la letra establecen que:

“Artículo 95. - Las dependencias y entidades así como el contratista deberán observar las siguientes reglas generales para el uso de la bitácora:

- I. Se deberá iniciar con una nota especial relacionando como mínimo la fecha de apertura, datos generales de las partes involucradas, nombre y firma del personal autorizado, domicilios y teléfonos, datos particulares del contrato y alcances descriptivos de los trabajos y de las características del sitio donde se desarrollarán, así como la inscripción de los documentos que identifiquen oficialmente al personal técnico que estará facultado como representante de la contratante y del contratista, para la utilización de la bitácora, indicando a quién o a quiénes se delega esa facultad;
- II. Todas las notas deberán numerarse en forma seriada y fecharse consecutivamente respetando, sin excepción, el orden establecido;
- III. Las notas o asientos deberán efectuarse claramente, con tinta indeleble, letra de molde legible y sin abreviaturas;
- IV. Cuando se cometa algún error de escritura, de intención o redacción, la nota deberá anularse por quien la emita, abriendo de inmediato otra nota con el número consecutivo que le corresponda y con la descripción correcta;
- V. La nota cuyo original y copias aparezcan con tachaduras y enmendaduras, será nula;
- VI. No se deberá sobreponer ni añadir texto alguno a las notas de bitácora, ni entre renglones, márgenes o cualquier otro sitio, de requerirse, se deberá abrir otra nota haciendo referencia a la de origen;
- VII. Se deberán cancelar los espacios sobrantes de una hoja al completarse el llenado de las mismas;
- VIII. Una vez firmadas las notas de la bitácora, los interesados podrán retirar sus respectivas copias;
- IX. Cuando se requiera, se podrán validar oficios, minutas, memoranda y circulares, refiriéndose al contenido de los mismos, o bien, anexando copias;
- X. El compromiso es de ambas partes y no puede evadirse esta responsabilidad. Asimismo, deberá utilizarse la bitácora para asuntos trascendentes que deriven del objeto de los trabajos en cuestión;
- XI. Todas las notas deberán quedar cerradas y resueltas, o especificarse que su solución será posterior, debiendo en este último caso, relacionar la nota de resolución con la que le dé origen, y
- XII. El cierre de la bitácora, se consignará en una nota que dé por terminados los trabajos.”

“Artículo 96. - Para cada una de las bitácoras se deberá especificar y validar el uso de este instrumento, precisando como mínimo los siguientes aspectos, los cuales deberán asentarse inmediatamente después de la nota de apertura.

- I. Horario en el que se podrá consultar y asentar notas, el que deberá coincidir con las jornadas de trabajo de campo;

- II. Establecer un plazo máximo para la firma de las notas, debiendo acordar las partes que se tendrán por aceptadas vencido el plazo;
- III. Prohibir la modificación de las notas ya firmadas, así sea por el responsable de la anotación original, y
- IV. Regular la autorización y revisión de estimaciones, números generadores, cantidades adicionales o conceptos no previstos en el contrato, así como lo relativo a las normas de seguridad, higiene y protección al ambiente que deban implementarse.”

Pese a la regulación que hoy en día se da a la bitácora de obra, en la legislación nacional, (con anterioridad se omitió casi por completo su reglamentación, ya que como se dio cuenta en el segundo capítulo de este trabajo, fue hasta la vigencia de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que mediante un oficio circular, sólo se señaló que su contenido vinculaba a las partes en su relación contractual, pero no se establecieron normas o criterios para su manejo), resulta evidente que la normatividad actual omite señalar aspectos básicos tales como: La obligación de señalar en notas periódicas, los recursos con que cuenta la contratista en el sitio de la obra para el cumplimiento del contrato, tales como mano de obra real y programada, acopio de materiales, existencia en el sitio de maquinaria y equipo de construcción, compulsado con los establecidos en los programas; el avance físico y el financiero, programado y real de la obra a la fecha de corte de cada estimación o certificación de obra ejecutada; en caso de atraso en el plazo de ejecución, por causas no imputables a la contratista, señalar las notas de bitácora en que se dio cuenta de las circunstancias que dieron lugar a ello; y en el supuesto de que los atrasos le sean imputables las acciones tomadas para compeler a la contratista al estricto cumplimiento del programa general de ejecución de la obra.

Esto que pudiera parecer demasiado evidente, pero rara vez es leído en una nota de bitácora, que se haga referencia a esos aspectos, ya que generalmente, se hace reseña de datos técnicos, de interpretación de las especificaciones generales y especiales de construcción, de las normas de calidad de los materiales, etc., pero no al grado de cumplimiento general del contrato, incluso se omite señalar con detalle, si fuera el caso, la falta de mano de obra, materiales de construcción, equipo de instalación permanente, maquinaria y equipo de construcción, lo cual en caso de incumplimiento dificulta la prueba de las circunstancias que dieron origen al hecho, lo que a su vez da lugar entorpecer el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado, pues en general se carece de elementos probatorios para ello.

4.9.4.- LAS ESTIMACIONES Y EL PAGO DE INTERESES.

Ya se analizó como el Estado ejerce ciertos poderes sobre su cocontratante, que resultan exorbitantes respecto de los contratos de derecho civil, pero en el Derecho Administrativo, dichos poderes resultan ser comunes. Sin embargo, no todo son obligaciones para el contratista, como ya se dijo en el primer capítulo de este trabajo, el contratista es un colaborador del Estado, en aquellas actividades que éste no puede realizar por sí mismo y tampoco puede exigirlos como una prestación a los ciudadanos, quienes acceden a colaborar con él pero a cambio de un beneficio, una utilidad que obtendrán de la realización de la obra, ese lucro, es la finalidad de los contratistas, es la contraprestación que los mismos exigen del Estado por la ejecución de las obras públicas.

Como ya fue analizado al tratar lo relativo a las modalidades del contrato de obra pública, según sea la modalidad de contrato celebrada será la forma en que sea determinado el pago que le corresponde al contratista, esto es, mediante estimaciones o certificaciones de obra pública ejecutada o bien por el avance físico-financiero de los trabajos, por el cumplimiento de ciertas fechas, por la determinación de la cantidad de insumos utilizados, más un porcentaje de utilidad o indirectos en sentido amplio, según haya sido normado, no obstante, la modalidad más común de celebración del contrato de obra pública es basándose en precios unitarios, por lo que realizaré el análisis del pago de estimaciones considerando esta modalidad y en su caso indicaré lo aplicable a otras modalidades.

Las estimaciones o certificaciones de obra ejecutada, es el medio a través del cual los entes estatales pagan a los contratistas por la ejecución de los trabajos en un período determinado, con arreglo a la forma establecida de pago, es decir, aplicar los precios unitarios a las cantidades de trabajo ejecutadas, incluso en el caso del precio alzado, lo que se paga es el trabajo ejecutado, lo que acontece con ese contrato, como ya fue expuesto, es que la legislación nacional ha pretendido sustantivarlo, darle una independencia técnica que no tiene, ya que finalmente, sea que se haya establecido realizar pagos en plazos determinados o contra avance físico financiero determinado, lo que finalmente se paga es el trabajo ejecutado. Igual acontece con el contrato a coste y costas, se paga por los insumos utilizados en un plazo determinado, al que sólo debe sumarse la utilidad o los indirectos en sentido amplio.

La forma de medición de los trabajos se establece en los pliegos de condiciones o bases de licitación y en el contrato respectivo, los trabajos constructivos realizados en un plazo determinado, son calculados mediante una comprobación física, en unidades de medida convencionales, en el caso de la LOPSRM, los artículos 21, fracción V, 27 y 76, se establece que serán aceptadas las unidades de medida autorizadas por la Ley Federal sobre Normalización y Metrología, es decir, en metros, centímetros o milímetros, cuadrados, cúbicos, o lineales, etc., no obstante, la medición realizada, la opinión doctrinaria es en el sentido de que se trata de pagos provisionales, que la realización del pago no implica la aceptación ni recepción de los trabajos realizados, que las cantidades consignadas en las certificaciones de obra o estimaciones, son susceptibles de ser ajustadas en la última estimación o de finiquito.

Además de lo anterior, la doctrina señala que esta es la principal obligación que corre a cargo de los órganos estatales contratantes, que los documentos de mérito, deben ser formulados por la contratista, quien tiene la obligación de acompañar a los mismos, una serie de documentos denominados generadores de obra, fotografías, croquis, etc., que deben ser sometidos a revisión, y autorización en los plazos determinados en los pliegos de requisitos o bases de la licitación y el contrato, que se expiden por una cantidad cierta y en dinero y deben ser pagados en el plazo que para el efecto se establezca en las normas y el contrato respectivo, en tal sentido se expresan autores como Fernández Ruiz⁵⁸⁵, García de Enterría y Fernández⁵⁸⁶, Parada⁵⁸⁷, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁸⁸, Fiorini⁵⁸⁹, Bezzi⁵⁹⁰, Escola⁵⁹¹, y Dromi⁵⁹², éste último, conceptúa al certificado o estimación de obra como "... el acto administrativo que, revistiendo forma de instrumento público, prueba la existencia de un crédito parcial o definitivo, a favor del contratista de obra pública." Quien más adelante agrega que no es un medio u orden de pago, por lo que no importa un pago, es un acto administrativo no ejecutorio sino declarativo en el sentido de que importa una certificación de una situación de hecho, que consiste en que el contratista ha ejecutado ciertos conceptos y volúmenes de obra en un plazo específico, lo que lo hace una declaración de veracidad de cierta situación jurídica, que consiste en

⁵⁸⁵ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 298.

⁵⁸⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 709, 710 y 749.

⁵⁸⁷ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 358 y 359.

⁵⁸⁸ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 140 y 141.

⁵⁸⁹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 711 a 713.

⁵⁹⁰ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 171 a 180.

⁵⁹¹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 781 a 783.

⁵⁹² Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 351 a 354.

que el contratista es acreedor del órgano estatal contratante. Bezzi, con base en lo expresado por Dromi señala que "Es un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el <<quantum>> del crédito pertinente, del contratista por esa parte ejecutada. Constituye una constancia del crédito a favor del empresario. Es el antecedente inmediato de la orden de pago estatal."

La doctrina jurídica reconoce la existencia de varios tipos o clases de certificaciones o estimaciones de obra, cuya existencia se reconoce dependiendo de su contenido, es decir, del tipo de conceptos de obra que contienen, así se dice que pueden ser:

Las estimaciones o certificaciones de obra normales.- Son aquellas que únicamente contienen precios unitarios o conceptos y volúmenes de obra, originalmente previstos en el proyecto ejecutivo de obra pública y en consecuencia en el catálogo de conceptos de obra y que de origen tienen un análisis del precio unitario.

Las estimaciones o certificaciones de obra extraordinarias o de convenio.- Estas son aquellas cuyo contenido se constriñe exclusivamente a precios unitarios o volúmenes de obra que no estaban previstos originalmente en el catálogo de conceptos de obra, por lo tanto, son previstos en los convenios que se hayan celebrado entre las partes y en consecuencia puede ser que cuenten con análisis de precio unitario original, pero su volumen no estaba previsto y es motivo de especial determinación, o bien carecían de un análisis de precio unitario previsto originalmente en el proyecto ejecutivo de obra pública y en razón del convenio se acuerdan nuevos precios unitarios que son denominados de obra extraordinaria.

Las estimaciones o certificaciones de obra de acopio.- Son aquellas cuyo contenido se refiere a los materiales o equipo de instalación permanente, que se encuentran en la bodega de materiales del contratista ubicada en el sitio de los trabajos o los materiales o equipos de fabricación especial e instalación permanente en la obra, cuyos anticipos o pagos han sido realizados por la contratista, cuya finalidad no es la adquisición de los materiales sino el reconocimiento de que han sido adquiridos para suministrarlos o instalarlos en la obra, lo cual tiene el efecto de congelar los precios de dichos materiales y/o equipos de instalación permanente, lo cual implica una economía para el ente estatal

contratante, ya que en tal virtud, a partir del momento en que sean estimados no serán susceptibles de pago de ajuste de costos, por tanto, resultan convenientes para el Estado.

En la legislación mexicana, no está permitido el pago de este tipo de estimaciones, lo cual en obras de gran magnitud representa un serio problema de financiamiento, pues los contratistas no pueden cobrar ni los materiales puestos en obra ni los materiales o equipos de instalación permanente que requieren de un largo proceso de construcción para su terminación, como lo son la mayoría de los equipos electromecánicos que no son de serie o bien de estructuras prefabricadas, que sólo son pagadas hasta el momento en que están totalmente instaladas, sin importar el grado y costo de financiamiento que ello implique para las empresas, por lo que resulta necesario efectuar una reforma legal en ese sentido, no sólo para estar a la par de otros países como España y Argentina, sino para hacer más asequible el que las empresas nacionales, participen y ejecuten obras de gran envergadura, ya que en la actualidad, están siendo desplazadas por las extranjeras, que incluso evitan al máximo la utilización de insumos de procedencia nacional incluyendo a la mano de obra especializada.

Las certificaciones o estimaciones de variación o ajuste de costos.- Son aquellas cuyo contenido consiste en el reconocimiento de las variaciones o ajustes de los costos de obra que han sucedido en un período determinado, es un reconocimiento del encarecimiento que en cierto lapso han tenido los insumos que son utilizados para la realización de una obra determinada, es la consecuencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión en su vertiente o evolución de variación o ajuste de costos.

Las certificaciones o estimaciones parciales.- Son todas aquellas que contienen trabajos ejecutados, acopio de materiales, variaciones o ajustes de costos, realizados desde el inicio de los trabajos hasta antes de la emisión de la última estimación o finiquito del contrato, por decirlo de otro modo, son las que contienen trabajos, acopios o ajustes de costos a que tienen derecho el contratista por el desarrollo de su actividad constructiva desde la fecha de inicio de los trabajos, hasta antes de que se realice la última comprobación de los conceptos y volúmenes ejecutados en la obra.

Las certificaciones o estimaciones provisionales.- Son aquellas que el ente estatal contratante autoriza temporalmente a la contratista en el caso de que exista una

autorización de ampliación al monto del contrato pero las partes no hayan llegado a un acuerdo respecto de los insumos, cantidades, rendimientos e importes que deban aplicarse a los nuevos precios unitarios, en cuyo caso sólo se autorizará el pago de los insumos que se hayan ocupado para la realización de los trabajos; además se podrá autorizar este tipo de estimaciones cuando el órgano estatal contratante haya autorizado la ejecución de conceptos de obra o volúmenes extraordinarios, aún antes de que se haya formalizado el convenio respectivo, en estos casos se pagará con los precios ya existentes o los que sean acordados entre las partes.

Las certificaciones o estimaciones finales o de finiquito.- Son aquellas que son realizadas al finalizar la ejecución de los trabajos y tienen como propósito fundamental, verificar de inicio a final, la efectiva ejecución de todas y cada una de las partidas constructivas, y los conceptos de obra, y el suministro e instalación de todos y cada uno de los materiales y equipos de instalación permanente, tanto en calidad como en cantidad, por lo que en caso de existir diferencias entre lo cobrado con anterioridad y lo realmente ejecutado se efectuarán los ajustes que resulten procedentes, ya sean en más o en menos, de lo efectivamente cobrado por el contratista.

Los intereses, es el reconocimiento que hace el Estado, en el sentido de que la contraprestación del contratista es intangible, que es su obligación fundamental como contrapartida a todas las obligaciones que asume el contratista, ya que éste es sometido a un régimen de Derecho Administrativo, por el cual en una relación contractual el ente estatal contratante ejerce sobre él poderes extraordinarios, como el de dirección y control el de mutabilidad del contrato de obra pública, es decir, el contratista queda totalmente subordinado al ente estatal contratante, por tanto, resulta fundamental que este último cumpla cabalmente con su obligación principal, con la contraprestación que realidad importa al contratista la del pago oportuno de los certificados o estimaciones de obra, lo cual implica que el órgano estatal contratante ha de prever que el pago de cantidades adeudadas al contratista, las cuales han sido certificadas por él mismo, sean cubiertas en los plazos establecidos desde los pliegos de requisitos o bases de la licitación y el contrato, pero también regulados por la norma jurídica.

El plazo de veinte días naturales previsto por la norma para el pago de las estimaciones corre desde el momento en que dichos documentos son autorizados para pago,

responsabilidad que nuestro derecho positivo encomienda al residente de obra. Una vez fenecido dicho plazo, el contratista adquiere el derecho a cobrar gastos financieros por la mora en que ha incurrido el Estado por la falta de pago oportuno de los certificados o estimaciones de obra. Igualmente si es el contratista quien recibe pagos en exceso, será éste quien esté obligado al pago de intereses, los cuales, como un principio de equidad, han de ser calculados en apego al mismo procedimiento que los gastos financieros.

En ambos casos, el pago, tanto de gastos financieros como de intereses, queda sujeto a que estos estén debidamente establecidos en una cláusula contractual, sin embargo, es de observarse que la LOPSRM, en su artículo 46, fracción IX, sólo establece como obligatorio el que se estipule el pago de intereses para el caso de que el contratista reciba pagos en exceso, lo cual resulta ser una inequidad prevista en la norma, ya que en su caso, el contratista, entonces presunto, sólo puede requerir que de esto sea pactado en el contrato en las juntas de aclaraciones de los procedimientos licitatorios y en caso contrario, ese derecho quedará sin efecto alguno, ya que al no estar establecido expresamente en el contrato, se ha de entender, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que renunció a ese derecho, tal como consta de las tesis aisladas que dicha autoridad ha emitido a través de noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en razón de que se considera que dicho derecho como es cierto, no es parte esencial del contrato de obra pública, y en consecuencia la LOPSRM, no puede ser aplicada de manera supletoria al acuerdo de voluntades de que se trate, con lo cual por supuesto no puedo estar de acuerdo, ya que se trata de una ley de orden público.

“GASTOS FINANCIEROS. SU PAGO NO ES CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. Es cierto que las relaciones contractuales se rigen tanto por las normas consignadas en las cláusulas del contrato, como por las disposiciones de la ley, la que suple la voluntad de las partes contratantes en los puntos que no hubieran sido materia expresa de lo pactado; sin embargo, para que la ley supla la voluntad de las partes en los puntos que no fueron pactados en el contrato, éstos deben estar referidos a elementos esenciales del contrato, lo que no sucede, tratándose del contrato de obra pública, en relación con el cobro de gastos financieros, los que si bien están previstos en el artículo 69 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas como una sanción, no son necesarios para el debido cumplimiento y ejecución de lo pactado en el contrato, por lo que no puede decirse que deba tenerse por pactada esa cláusula en el contrato, pues el artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal, claramente señala que debe tenerse como pactado lo referente a requisitos esenciales del contrato o que sean consecuencia de su naturaleza ordinaria y, en la especie, en nada se afecta la

naturaleza del contrato ni puede considerarse como requisito esencial del mismo el pactar o no el pago de los gastos financieros, ya que la ley lo prevé como una sanción, la que, por voluntad de las partes, puede pactarse o no.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5209/2001. Constructora Arges, S.A. de C.V. 28 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Margarita Bertha Velasco Rodríguez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XVI, Agosto de 2002. Tesis: I.9o.C.86 C. Página: 1297.”

“GASTOS FINANCIEROS. EL PACTO QUE PARA SU PAGO SE HAGA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA CAE DENTRO DEL DERECHO PRIVADO. Es cierto que el artículo 6o. del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley; sin embargo, es claro que los derechos particulares pueden ser objeto de renuncia, siempre que no afecten el interés público ni perjudiquen a terceros; por lo que el pago de la sanción de gastos financieros debe considerarse como un derecho de orden privado que puede ser pactado o no, y su falta de pacto no afecta el interés social ni perjudica a terceros, en virtud de que las partes pueden convenir en que se aplique o no la sanción, pues en los contratos cada uno se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, en términos de lo dispuesto por el artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5209/2001. Constructora Arges, S.A. de C.V. 28 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Margarita Bertha Velasco Rodríguez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XVI, Julio de 2002. Tesis: I.9o.C.85 C. Página: 1305.”

“GASTOS FINANCIEROS. SU PAGO DEBE QUEDAR PACTADO DE MANERA EXPRESA EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. El artículo 69 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas prevé dos hipótesis diversas: la primera, en relación con el pago de gastos financieros en caso de incumplimiento en los pagos de estimaciones y ajustes de costos; y, la segunda, en relación con los pagos que se hayan hecho en exceso; y es claro al señalar que los dos supuestos en él contenidos deben pactarse expresamente en el contrato, por lo que el hecho de que el precepto en cita no contenga sanción alguna por su falta de pacto, no significa que no deba cumplirse con lo que el numeral expresamente ordena en su último párrafo, es decir, que debe quedar pactado en forma expresa el pago de gastos financieros.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5209/2001. Constructora Arges, S.A. de C.V. 28 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Margarita Bertha Velasco Rodríguez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XVI, Julio de 2002. Tesis: I.9o.C.84 C. Página: 1305.”

La LOPSRM, regula las estimaciones, su contenido, tipos, tramitación y pago, en sus artículos 54, 55, y 59, penúltimo párrafo, el RLOPSRM, en los artículos 1, fracción IX, 58, 76, 77, y 78, y 98 a 107, en dichos preceptos legales, se establece la definición de estimación, los plazos para su tramitación y autorización por parte de la residencia de obra, a cuyo titular faculta para ello. Del mismo modo, establece el procedimiento a seguir en caso de existir diferencias entre lo estimado por la contratista y lo verificado por el residente de obra o la supervisión; que las penas convencionales han de ser aplicadas en las estimaciones que se encuentren en trámite al momento de ser determinadas, el pago de estimaciones provisionales conteniendo costos directos en caso de no existir acuerdo en la determinación de los precios unitarios para trabajos extraordinarios.

Que el ajuste en el monto de una estimación se realice en la siguiente, bajo pena del pago de intereses por la recepción de pagos en exceso; igualmente prevé el pago de gastos financieros en el caso de atraso en el pago de cualquier tipo de estimación; se exige que los trabajos que conforman una estimación correspondan a la secuencia y tiempo previstos en el programa de obra, aún cuando no se exige que las estimaciones sigan una secuencia numérica estricta, pues se prevé que ello sólo es una medida de control administrativo de las mismas.

Además se establece como derecho del contratista la *exceptio non rite adimpleti contractus*, en razón de que se determina que el atraso en la ejecución de los trabajos, que este motivado por la falta de pago de las estimaciones, no será causal de rescisión de contrato, siempre y cuando ello esté documentado y registrado en la bitácora de la obra; se determina que deben formar parte de las estimaciones todos los derechos e impuestos que conforme a derecho procedan y que no será causal para solicitar el pago de gastos financieros el hecho de que la contratista presente facturas en forma incorrecta o incumpliendo las leyes fiscales.

Se reconoce la existencia de las estimaciones normales, las extraordinarias, por concepto de gastos no recuperables, esto es, por la indemnización correspondiente a la terminación anticipada del contrato y suspensión de la obra, cuya autorización ha de constar por escrito, también por ajustes de costos, sólo procedentes para contratos a base de precios unitarios o mixtos, en la parte respectiva, y las provisionales ya enunciadas, igualmente, se determina la naturaleza provisoria de las estimaciones, al determinar que el pago de las estimaciones no determina la aceptación o recepción de los trabajos respectivos, pero esto se contradice con la omisión de obligar a que en la constatación de terminación de los trabajos se efectúe una medición detallada de la obra. Así mismo, se establece que las estimaciones deben estar sustentadas por números generadores, notas de bitácora, croquis, controles y de calidad, pruebas de laboratorio, fotografías, análisis, cálculo e integración de los importes, y avances de obra en el caso de contratos a precio alzado.

En el mismo sentido, se establece la afirmativa ficta para el caso de estimaciones no autorizadas en el plazo legalmente establecido para ello, es por ello que se obliga a que el residente de obra haga constar en la bitácora de obra, la fecha de presentación de las estimaciones, y de su autorización, pero prevé que la falta de presentación de estimaciones en los plazos previsto no otorga derecho al contratista para el cobro de gastos financieros.

En el caso de los contratos a precio alzado se faculta a los órganos estatales contratantes a establecer que el pago puede ser total al finalizar los trabajos o parciales, estableciendo para ello que su procedencia corresponde por el cumplimiento de ciertos avances físicos, fechas claves o hitos que deberán ser congruentes con el programa de ejecución general, con la red de actividades, y la cédula de avances.

4.9.5.- MANTENIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA A TRAVÉS DEL AJUSTE O VARIACIÓN DE LOS COSTOS.

Todo lo expuesto sobre el tema en el primer capítulo de este trabajo es aplicable al contrato de obra pública, así mismo, debe precisarse que la aplicación de la teoría de la imprevisión en su vertiente de ajuste de costos, fue introducida a la legislación mexicana hasta el año de 1983, con el decreto del 22 de diciembre de 1983, al que ya se hizo referencia en el segundo capítulo de este trabajo.

Por lo que hace a la doctrina, en general la opinión de los tratadistas es generalizada en el sentido de que el ajuste o variación de los costos, o bien revisión de precios *ex lege* o reglamentada, es una evolución de la teoría de la imprevisión, en ese sentido se expresan autores como Fernández Ruiz⁵⁹³, Martínez Alfaro⁵⁹⁴, Canals Arenas⁵⁹⁵, García de Enterría y Fernández⁵⁹⁶, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁵⁹⁷, Granillo Ocampo⁵⁹⁸, Cassagne⁵⁹⁹, Fiorini⁶⁰⁰, y Bezzi⁶⁰¹, este último, señala que esta teoría parte del principio de irrevocabilidad o invariabilidad de los precios, el cual presenta excepciones, entre ellas, el ajuste o variación de los precios, en razón de eventos económicos que alteran la ecuación económica del contrato, señalando, respecto de que se trata de una evolución de la teoría de la imprevisión, al indicar: “Por nuestra parte apreciamos que es exacto que, con las diferencias señaladas, se particulariza el instituto de las variaciones de estos costos como inherente al contrato de obra pública y que la evolución del ordenamiento jurídico aplicable a su régimen lo ha ido independizando de su antecedente prístino: la indemnización por imprevisión, como se ha recordado con las citas de Jèze y Jurisprudencia del Consejo de Estado, expuestas para aprehender la idea general que ha presidido el reconocimiento de la protección de la ecuación financiera del contrato, uno de cuyos medios lo constituye el del reconocimiento de los mayores costos.”

Así mismo, señala que la ecuación económico-financiera del contrato es determinada por las partes al momento de celebrar el acuerdo de voluntades al considerar que existe un equilibrio entre las prestaciones que cada una acuerda dar a la otra, considerando la equivalencia de las mismas, y con base en las ideas expresadas por León Blum y Sayagués Laso, señala que “... el mantenimiento del equilibrio se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés: la ecuación financiera del contrato debe ser finalmente tal que pueda lograr el contratista las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias.”

⁵⁹³ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Pág. 298.

⁵⁹⁴ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 100 y 106 a 115.

⁵⁹⁵ Canals, Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 165 y 166.

⁵⁹⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 733 a 735.

⁵⁹⁷ Colmenar Luis, Jesús, y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 118 y 119.

⁵⁹⁸ Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Op. Cit. Págs. 178 a 182.

⁵⁹⁹ Cassagne, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Op. Cit. Págs. 83 y 84.

⁶⁰⁰ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 733 a 739.

⁶⁰¹ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 197 a 102.

Más adelante, el autor observa que lo anterior, tiene apoyo en el hecho de que el contrato de obra pública es de carácter conmutativo, lo cual quiere decir que desde el momento de la celebración del contrato las partes conocen las obligaciones y beneficios que recibirán, en razón de que son ciertas y apreciables, en su significación económico-social, puntualizando que la intangibilidad de los elementos contractuales de la remuneración, es aplicable, tanto a ventajas pecuniarias como materiales, lo cual implica su aplicación a la modalidad de la ejecución del contrato.

Ahora bien, como ya fue analizado, en general en el contrato de obra pública, la remuneración o pago que ha de recibir el contratista, por la realización de los trabajos cuyo fin es ejecución de una obra pública, es el pago de una cantidad cierta y en dinero, pero esto como también ya fue detallado, esta contraprestación, las más de las veces, es entregada en parcialidades, durante el lapso de ejecución de los trabajos y al terminar éstos, por tanto, está sujeta a las variables económicas que pueden acontecer durante ese tiempo, tales como diferencias en el tipo de cambio, incremento en el costo de los insumos utilizados para ejecutar la obra, por tanto, la variación o ajuste de costos, es un procedimiento administrativo, cuya finalidad es indexar o devaluar los costos que integran el monto de la contraprestación del contratista, mismo que culmina con la emisión de un acto administrativo que reconoce ese hecho y determina la emisión de un pago cuya finalidad es conservar el precio de los insumos constructivos, como estaban al momento en que fue celebrado el acuerdo de voluntades, mismo que en general la doctrina jurídica, reconoce se retrotrae al momento en que el contratista presenta su propuesta, en el procedimiento administrativo de contratación de que se trate.

Atendiendo a su finalidad, el procedimiento administrativo de variación o ajuste de costos, está dirigido a conservar inmutables los costos establecidos al momento de celebrar el contrato, por tanto, considerando que en general, la contraprestación del contratista puede subdividirse para su estudio en costos directos e indirectos, que como ya se dijo en el tercer capítulo de este trabajo, los insumos para ejecutar la obra, consisten en mano de obra, materiales, maquinaria, equipo y herramienta de construcción, en relación directa con el tiempo y la forma óptima de su utilización que determina la cantidad usada para ejecutar un concepto de obra determinado, mismos que están expresados por fórmulas técnicas que en mucho dependen de los procedimientos constructivos propuestos en

cada caso; dichos procedimientos tienen la finalidad de mantener el valor de estos costos durante el período de vigencia del contrato.

Sin embargo, considerando que los costos indirectos en sentido amplio, están conformados por los costos de las oficinas ubicadas en el sitio de los trabajos; la parte proporcional que corresponda, de las oficinas centrales del contratista; los costos financieros por el financiamiento que se otorga al Estado para realizar los trabajos con recursos económicos que fundamentalmente provienen del contratista, la utilidad o ganancia que se ha de obtener por la realización de los trabajos, además de los impuestos o contribuciones fiscales, debidas al Estado; y los cargos adicionales que en general son contribuciones especiales que deben pagarse por la ejecución de los trabajos, la fórmula de variación o ajuste de costos generalmente también comprende ajustar la tasa de interés propuesta por el costo del dinero, con lo cual se asegura al contratista la integridad de su retribución contractual.

El ajuste o variación de costos, está normado por los artículos 56, 57, 58 y 59 cuarto, quinto, sexto y séptimo párrafos, de la LOPSRM, 105, 106, y 144 a 153 del RLOPSRM, la norma parte, como es normal, tratándose de la teoría de la impresión, del hecho de que después del acto de presentación y apertura de las propuestas en el procedimiento de selección del contratista que corresponda, ocurra alguna circunstancia económica de carácter extraordinario e independiente de la voluntad de las partes y no prevista en el contrato, e implique un aumento o reducción en los costos, relativos a los trabajos aún no ejecutados, conforme lo previsto en el programa de ejecución celebrado entre las partes, lo cual será aplicable exclusivamente a los contratos de obra pública que sean celebrados sobre la base de precios unitarios.

En lo que la norma expresa como excepción al principio general, prohíbe tajantemente el pacto de ajuste de costos, en los contratos a precio alzado, pero inmediatamente después, permite que el ajuste de costos sea aplicable a dichos contratos, bajo la condición de que el hecho sea sobreveniente, es decir, posterior a su celebración, que no haya podido ser previsto por las partes al celebrar el pacto e independiente de su voluntad, y que tengan efectos generales, como las variaciones en la paridad cambiaria de la moneda, cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen aumentos o reducciones directas en los costos de los insumos de los trabajos, aún no

ejecutados conforme al programa originalmente pactado, pero no autoriza la aplicación de los procedimientos administrativos taxativamente previstos por la norma, sino que faculta a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy de la Función Pública, a ejercer la función reglamentaria, que el artículo 89, fracción I, de la Constitución reserva exclusivamente al Presidente de la República como ya fue analizado, emitiendo los lineamientos que permitan la aplicación de esta excepción.

La norma establece tres procedimientos a seguir para llevar a cabo el ajuste de los costos, el primero consiste en la revisión de todos los precios unitarios del contrato; el segundo en revisar el ochenta por ciento del importe total pendiente de ejecutar y el tercero en actualizar el costo de los insumos mediante la emisión de factores, cuando se trate de obras en las que se tenga establecida la proporción y cantidad en que interviene cada insumo, por ejemplo, en la construcción de escuelas, hospitales y carreteras tipo, e incluso en proyectos productivos como los de la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos.

Se regulan cinco principios rectores de los procedimientos administrativos de ajuste o variación de los costos, sin embargo, dada su naturaleza, a estos procedimientos condicionados por su objeto, como dijera el autor González Pérez ya citado, les resultan aplicables todos los principios rectores del procedimiento administrativo, los cuales ya fueron comentados en el tercer capítulo de este trabajo. Dichos principios rectores se hacen consistir, en actualidad del cálculo, cálculo equitativo, precios originales inmutables, inmutabilidad del procedimiento pactado, es un acto administrativo, consisten en:

Actualidad del cálculo.- Deben ser calculados a partir del momento en que se haya producido el incremento o decremento, respecto de trabajos pendientes de ejecutar conforme al programa de ejecución vigente entre las partes, procediendo aún en caso de atraso imputable al contratista, pero sólo respecto de la parte que conforme al programa debiera estar pendiente de ejecución.

Cálculo equitativo.- Para evitar diferencias en el trato a los contratistas, cualquier incremento o decremento en los costos de los insumos ha calcularse con base a índices nacionales de precios productor con servicios que periódicamente determina el Banco de México, quien lo hace mensualmente. Por excepción, el órgano estatal contratante, podrá

realizar los ajustes de costos con base en precios investigados por él mismo, siempre y cuando los insumos que intervengan en los precios no se encuentren en los citados índices, pero la investigación ha de realizarse conforme a los lineamientos y metodología que emita dicho órgano con autonomía constitucional. Para efectuar el ajuste se tomarán como base del cálculo los índices vigentes al momento de la celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, fecha a la que deben estar referidos los precios de los insumos propuestos por el contratista. Para efecto de evitar que los ajustes de costos se conviertan en un pago indebido, por estar calculados considerando importes no erogados por la contratista, el importe de los ajustes de costos debe ser afectado por el o los anticipos que durante la vigencia del contrato sean concedidos a la contratista, esto es, dichos importes deben ser deducidos del costo de los insumos.

Precios originales inmutables.- Los precios que las partes acordaron al celebrar el acuerdo de voluntades, deben permanecer fijos durante toda la vigencia del contrato, incluyendo sus convenios. Los ajustes o variaciones de costo han de ser aplicadas a los costos directos. Los costos indirectos, la utilidad y los cargos adicionales deben permanecer fijos durante todo el período de vigencia del contrato; el costo por financiamiento deberá ajustarse conforme a las variaciones que presente la tasa de interés determinada con base en un indicador económico específico.

Inmutabilidad del procedimiento pactado.- El procedimiento de ajuste de costos pactado, debe permanecer fijo durante todo el plazo de vigencia del contrato, por tanto, debe ser establecido en dicho instrumento jurídico, en consecuencia, el ente estatal contratante debe determinarlo, al formular el pliego de requisitos o bases de la licitación y sólo podrá modificarse a solicitud del contratista o por decisión estatal, antes de la celebración del acto de apertura y presentación de las proposiciones o de la celebración del contrato, según sea el caso.

Es un acto administrativo.- La resolución del procedimiento debe hacerse constar por escrito, mediante la emisión de un oficio, en el que conste el acto administrativo mediante el cual se autoriza el ajuste de los costos, por tanto el pago de las cantidades reconocidas como ajuste de costos, no implican una modificación formal al monto contratado, son un acto de autoridad no un pacto, en consecuencia no se requiere de convenio alguno para

que el pago sea procedente, sólo debe preverse el gasto y contar con la autorización presupuestal que corresponda.

La norma prevé que la aplicación de los procedimientos administrativos ya citados por iniciativa de la contratista cuando sea a la alza o por oficio cuando sea a la baja. En el primer caso establece los requisitos con que debe cumplir la solicitud del contratista, la cual ha de ser presentada en tratándose de los ajustes de costos que se realicen considerando el total de los precios unitarios y el que prevea el ochenta por ciento de los precios pendientes de ejecutar; en el caso del tercer procedimiento, no se requerirá de soportes documentales que acompañen la solicitud del contratista, por lo cual, su trámite implica que es un procedimiento oficioso, cuyo impulso sólo depende de la actuación del Estado, a partir de la solicitud del contratista. El acto administrativo que autorice el ajuste de costos o el del costo por financiamiento, ha de consistir en la emisión de un factor aplicable, según el caso, a los costos directos o al costo por financiamiento, en forma separada y desglosada.

Finalmente, la norma detalla los procedimientos para el cálculo de los ajustes de costos correspondientes a cada uno de los tres procedimientos previstos; determina que su pago, y el del costo por financiamiento, se realice mediante estimaciones especialmente formuladas para el caso, aplicables en las que correspondan al mes siguiente al de su autorización, con el señalamiento de que, en su caso, los factores de ajuste han de ser acumulativos; se otorga un plazo perentorio para la presentación de la solicitud, y se prevé la preclusión del derecho en caso de no ser ejercida en tiempo, lo cual ha de ser motivo de pacto expreso entre las partes; asimismo, establece un plazo máximo para la emisión de la resolución respectiva, en caso de omisión, determina la procedencia de la solicitud, mediante la afirmativa ficta.

4.9.6.- LA MUTABILIDAD DEL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS, LAS DIFICULTADES MATERIALES IMPREVISTAS Y LOS GASTOS IMPRODUCTIVOS.

En la primera parte de este trabajo, se comentó con amplitud en que consiste la *potestas variandi* o principio de mutabilidad de los contratos administrativos, todo lo cual resulta de aplicación al contrato de obra pública, como lo expresan la mayoría de tratadistas, como

Canals Arenas⁶⁰², Martínez Alfaro⁶⁰³, García de Enterría y Fernández⁶⁰⁴, Parada⁶⁰⁵, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁶⁰⁶, Dromi⁶⁰⁷, Escola⁶⁰⁸, Fiorini⁶⁰⁹, y Bezzi⁶¹⁰, la aplicación de este principio presenta algunas peculiaridades en este contrato, asimismo, es preciso señalar que tratadistas nacionales analizan y tratan lo relativo a la aplicación del principio de mutabilidad en el contrato de obra pública, pero ajustándose estrictamente a lo previsto por la legislación nacional, por lo que omiten mencionar con amplitud dichas peculiaridades.

Para explicar lo anterior con claridad, conviene tener presente que el principio de mutabilidad consiste en la facultad del Estado para modificar unilateralmente el pacto original que en el contrato de mérito se dan en razón de la ejecución de trabajos imprevistos, por adecuaciones al proyecto que impliquen aumento o reducción en los volúmenes de obra, o bien, la ejecución de conceptos de obra denominados extraordinarios por no haber sido previstos en el catálogo de conceptos original, trabajos que siempre han de cumplir con un requisito *sine qua non*, cualquiera que sea su origen, ser indispensables para la correcta ejecución de la obra, sin que ello implique variación alguna en el objeto indirecto del contrato, que como ya se dijo, ha de permanecer fijo durante la vigencia del contrato, como una garantía al procedimiento de contratación respectivo, es decir, aplica con todo rigor el *pacta sunt servanda*.

También ya se explicó, pero en este capítulo, que en el contrato de obra pública, aplica con toda su fuerza el principio de dirección y control, que es por ello que el contratista se encuentra en situación de total subordinación frente al órgano estatal contratante, quien ejerce esta facultad de tipo ejecutivo a través del residente de obra, quien es la persona designada por él para estar vigilando y controlando que la obra sea ejecutada, con estricto apego a lo previsto en el proyecto ejecutivo de obra pública, determinando momento a momento las actividades constructivas que es necesario llevar a cabo, e incluso aportar las soluciones técnicas que no resulten claras de lo expresado en el proyecto ejecutivo de

⁶⁰² Canal Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 173 a 192.

⁶⁰³ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 74, 75, 99 y 100 a 106.

⁶⁰⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 719 a 724.

⁶⁰⁵ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 359 a 361.

⁶⁰⁶ Colmenares Luis, Jesús y Colmenar Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 141 y 142.

⁶⁰⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 349.

⁶⁰⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 776 y 777.

⁶⁰⁹ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 713 a 716.

⁶¹⁰ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 153 a 157.

obra pública, es por ello, que es el residente de obra quien por lo general ordena o autoriza modificaciones al proyecto original, que pueden consistir en incrementos o decrementos en los volúmenes de obra o bien la ejecución de conceptos de obra no previstos originalmente.

Modificaciones al proyecto.- En principio, dado que los proyectos ejecutivos de obra pública, son el resultado de un proceso metódico, que implica, antes de para iniciar el procedimiento administrativo de contratación respectivo, cumplir con las etapas de planeación, programación y presupuestación, del proceso administrativo público, lo lógico sería que éstos fuesen completos debido a su minuciosa planeación y diseño. Sin embargo, las más de las veces, esto no es así, en razón de que los proyectos ejecutivos en cita presentan algunas deficiencias por trabajos que no fue posible prever, o por incluir algunos innecesarios, entonces resulta indispensable realizar algunas adecuaciones al mismo para que la obra pública cumpla cabalmente con la finalidad para la cual fue planeada y diseñada, en esos casos, lo frecuente es que sea forzosa la ejecución de mayores o menores volúmenes de obra, e incluso la ejecución de conceptos de obra no previstos en el catálogo original de conceptos y la cancelación de otros más.

Cuando sea el órgano estatal contratante quien determine la modificación del proyecto, simplemente entregará al contratista los planos y especificaciones de construcción en que se contengan las adecuaciones y éste último tendrá la obligación de proceder a su ejecución, desde el momento en que sea instruido para ello, e incluso con independencia de que se haya formalizado o no el convenio respectivo y de que exista un acuerdo entre las partes respecto de los volúmenes de obra que serán aumentados o disminuidos, así como de los precios unitarios que deban ser cancelados o de los extraordinarios que han de ser ejecutados.

En el supuesto de que sea el contratista quien detecta la necesidad de realizar modificaciones al proyecto, éste no podrá iniciar su ejecución al momento de su detección, sino que ha de informar a la residencia de obra de esa necesidad y sólo con la autorización expresa de la residencia de obra, podrá proceder a la realización de los trabajos, ya que sólo en ese caso tendrá derecho a percibir el precio de esos trabajos. Con todo, la doctrina jurídica reconoce que en el supuesto de que los trabajos extraordinarios, ya sean en volumen o nuevos precios unitarios, resulten indispensables

para la buena ejecución de la obra, es decir, aquellos que resultan condición *sine qua non* para la correcta ejecución de la obra y resultan ser una omisión en el proyecto ejecutivo de obra pública, o útiles, definidos éstos, como aquellos cuya ejecución implican un beneficio real par el ente estatal contratante, tal como un mejor aprovechamiento de la obra, el contratista previa demostración de éste hecho, tendrá derecho a percibir la compensación económica que corresponda.

Salvo el caso de los llamados proyectos integrales, la responsabilidad de la formulación del proyecto recae en los entes estatales contratantes, incluso cuando son realizados por prestadores de servicios profesionalmente dedicados a ello, ya que la norma exige su aprobación por la unidad administrativa responsable de esa función. Sin embargo, ha de tenerse presente que en los Reglamentos de Construcción emitidos por las autoridades locales, por lo general se responsabiliza de la obra a un profesionista, ingeniero civil o arquitecto que es denominado "director responsable de obra", por ser la persona física que se responde directamente por el cumplimiento de las disposiciones jurídico-técnicas contenidas en dichos reglamentos, en las obras que otorgue su responsiva, lo cual quiere decir que ha formulado u revisado la memoria de cálculo del proyecto, además de haber firmado los planos respectivos y las especificaciones generales y particulares de construcción que hacen posible su ejecución, el cual, puede actuar en forma independiente o conjunta con otros especialistas técnicos denominados corresponsables en: seguridad estructural, diseño urbano y arquitectónico e instalaciones, quienes también son ingenieros o arquitectos con esas especialidades y experiencia, quienes también firman el proyecto en la parte tocante a su especialidad, por lo que también otorgan responsiva para la ejecución de obras, sin embargo, como ya fue analizado, la norma exige que las unidades administrativas dedicadas a la ejecución de los proyectos autoricen los que serán utilizados para la ejecución de las obras públicas, por lo que existen dos instancias responsables de los proyectos, que en su caso serán las personas responsables de modificar los proyectos ejecutivos de obra pública.

Así mismo, puede acontecer que los cambios en el proyecto no obedezcan a deficiencias en la planeación y diseño del mismo, sino que existan cambios en las necesidades públicas y resulte indispensable la modificación del proyecto, sin que ello implique modificar el objeto indirecto del contrato, tal sería el caso de una clínica hospital que en lugar de requerir un área de hospitalización con diez camas, la requiera de quince o siete,

por lo que tal vez sea indispensable ampliar o disminuir las áreas de consulta externa, especialidades e incluso de laboratorio y quirófanos, sin que se haya cambiado la esencia de la obra, o bien, una escuela que requiera de un mayor o menor número de aulas, laboratorios, talleres, etc., por haberse incrementado o disminuido la población a quien dará servicio. En tales casos también será indispensable modificar el proyecto ejecutivo.

Dificultades materiales imprevistas.- Estas son definidas como las condiciones originales del predio o terreno, que no son conocidas por las partes antes de la celebración del contrato y que por tal motivo no son motivo del pacto, para superarlas, ya que de haber sido conocidas, lo hubieran sido, por lo general, consisten en aspectos técnicos relativos a la composición del subsuelo que son estudiados o determinados mediante estudios de estratigrafía o geología, y se hacen consistir en la existencia de yacimientos rocosos o acuíferos, composición del terreno diferente al de la zona o región, por ejemplo pantanoso, arenoso, rocoso, etc., que por lo general dificultan los trabajos de cimentación, por tanto, dan lugar a la ejecución de conceptos de obra que resultan indispensables para la estabilidad estructural de las obras. Cuando las dificultades materiales imprevistas, son de gran dimensión e importancia, que por ejemplo obligan a plantear distinto sistema de cimentación, que torna más onerosa la obra, de modo tal que sería más costosa el basamento de la obra que ésta misma, llegan a ser motivo de terminación anticipada del contrato, por hacer económicamente inviable la realización de los trabajos. .

Tratándose de la ejecución de obras en zonas urbanas, también suele darse este tipo de dificultades materiales imprevistas, pero no debidas a las condiciones del subsuelo, sino a lo que se ha denominado obras inducidas, que surgen por la existencia de canales ocultos, tuberías que conducen electricidad, agua potable, agua negras, productos derivados del petróleo, etc., que obligan a modificar el trazo de dichas tuberías o canales, lo que modifica el programa general de ejecución de los trabajos y el plazo de ejecución, además de obligadamente la ejecución de conceptos de obra extraordinaria o no prevista originalmente en el catálogo de conceptos.

Dada su existencia concomitante a la celebración del contrato, con desconocimiento de las partes, por lo general obliga a suspender momentánea y parcialmente los trabajos, para efecto de que sea determinada la mejor solución técnica posible, la cual es instruida al contratista y da lugar a la celebración de un convenio para cubrir el monto y plazo de

ejecución de los trabajos extraordinarios, es decir, da lugar al pago de una indemnización a favor del contratista, por la realización de los trabajos imprevistos o no considerados en el catálogo original de conceptos de obra, y en su caso, la ampliación del plazo del contrato, siempre y cuando no sea posible realizar los trabajos para superar las dificultades materiales imprevistas en forma paralela a otras actividades constructivas.

Modificación por gastos improductivos.- Durante el plazo de ejecución de los trabajos, suele acontecer que por causa imputable al órgano estatal contratante, éste no cumpla en tiempo con ciertas obligaciones, que fuerzan a que la obra sea ejecutada en un plazo mucho mayor al originalmente previsto en el programa general de ejecución de los trabajos, tales como reducciones de tipo presupuestario, la falta de entrega de predios o áreas de trabajo al contratista, cuando el replanteo no se agota con la entrega de un inmueble, sino que consta de varios, o bien, se trata de la ampliación y remodelación de un inmueble que se encuentra en uso, lo cual impide la entrega de áreas de trabajo en forma oportuna, o bien cuando el proyecto ejecutivo de la obra pública no estaba terminado al momento de la tramitación del procedimiento administrativo de contratación, ni al formalizarse el compromiso contractual, de modo tal que el ente estatal contratante queda obligada a la entrega de partes de éste en ciertas fechas para hacer posible la ejecución de la obra en el plazo previsto y esto no es cumplido a cabalidad. También puede acontecer que esa disminución en la cadencia o ritmo de ejecución de los trabajos, e incluso la suspensión total o parcial de los mismos, acontezca por caso fortuito o fuerza mayor, como es el caso de huelgas generalizadas, asonadas, motines o disturbios, o bien, fenómenos meteorológicos que impidan la ejecución normal de los trabajos.

En estos supuestos, en estricto sentido la obra no sufre alteración o modificación alguna, el proyecto es el mismo, lo que acontece es que por causas imputables al Estado, no puede ser ejecutado al ritmo establecido en el programa de ejecución general de los trabajos, lo que obliga a una ejecución de obra, o bien, rendimientos normales pero sujetos a suspensiones parciales o temporales de los trabajos, o bien con rendimientos bajos, esto es, utilizando menos mano de obra, lo que obliga a una ejecución lenta, lo cual incide directamente en los costos indirectos del contratista, ya que éste se ve constreñido a cumplir con las exigencias del órgano estatal contratante, quien ejerce su facultad de dirección y control con toda su fuerza, decidiendo momento a momento variaciones al ritmo de ejecución de los trabajos, a efecto ejecutar la obra en mayor plazo del previsto.

Limitaciones al ejercicio del principio de mutabilidad.- En general la doctrina extranjera ya citada, salvo el caso de García de Enterría y Fernández, por la redacción de los preceptos legales que regulan este principio en países como España y Argentina, consideran que la contratista sólo está obligada a aceptar las modificaciones que conjunta o separadamente no rebasen un porcentaje determinado que generalmente es del veinte por ciento del monto o plazo de ejecución, debido a que las normas señalan que cuando se rebase dicho porcentaje la contratista tiene derecho a requerir del órgano estatal contratante, la terminación anticipada del contrato sin responsabilidad para el contratista, sin embargo, los autores en cita señalan que "... Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias... Al servicio del interés público y de sus insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración."

Terminan exponiendo los autores en cita que "Cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de límites al *ius variandi* se está aludiendo, pues, única y exclusivamente a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es sustancialmente distinto. El *ius variandi*, el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato, es ilimitado en su extensión e intensidad dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia Ley prevé."

Resulta obligado señalar que en el caso de la legislación nacional, si bien, se establece la diferencia entre las modificaciones que no rebasen el veinticinco por ciento del monto o plazo del contrato y las que lo hacen, esta diferencia estriba en que en el caso de las primeras, que las modificaciones no pueden referirse a variaciones en el proyecto original,

consecuentemente, las segundas si podrán referirse a variaciones al proyecto original, sin embargo, no podrán variar el objeto del contrato, esto es, no deben afectar la naturaleza y características esenciales del proyecto, es decir, no puede cambiarse el proyecto de forma tal que tergiversarse el objeto indirecto del contrato, realizando una obra distinta a la originalmente contratada. En ambos casos, en el de los convenios modificantes y de los llamados adicionales, no pueden ser celebrados para eludir de modo alguno el cumplimiento de la LOPSRM o de los tratados internacionales y dado que la norma no establece ningún límite al ejercicio de esta facultad que el no variar el objeto del contrato, ha de entenderse que ambos tipos de convenios son de celebración obligatoria para el contratista, aunque claro está, en ambos caso se requiere la formalización del convenio, para lo cual debe verificarse la existencia de la suficiencia presupuestal respectiva.

El *potestas variandi* está regulado por los artículos 59 de la LOPSRM, y 69 a 80 del RLOPSRM, en dichos preceptos legales se establece la existencia de convenios modificantes y adicionales, a cuya existencia ya hice referencia, en el caso de los segundos se establece como requisito de validez, que sea autorizado por el titular del área responsable de la contratación de los trabajos. Además, en ambos casos, el residente de obra debe emitir un dictamen técnico que sustente la modificación al contrato, mediante la debida fundamentación y motivación. En ambos casos, la norma considera obligatorio para el contratista la ejecución de los trabajos extraordinarios, se establece que en el supuesto de las modificaciones que requieran de la celebración de convenios adicionales, se podrán revisar los costos indirectos y por financiamiento originalmente pactados, para ajustarlos a las nuevas condiciones de contratación, los cuales han de hacerse constar por escrito y a partir de su autorización aplicarse las estimaciones que se generen. Esto es, se reconoce la existencia de los gastos improductivos y se establece la forma de establecer la indemnización correspondiente.

Igualmente, se determina que el porcentaje límite de los convenios modificantes no es aplicable en el caso de obras cuyo objeto consista en la realización de trabajos mantenimiento y restauración de monumentos arqueológicos, artísticos, históricos y zonas de monumentos determinados expresamente en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, en los que no sea posible determinar previamente el catálogo de conceptos, los volúmenes de obra, las especificaciones de construcción y consecuentemente el programa general de ejecución de los trabajos.

Como ya se explicó, se prohíbe la celebración de convenios para los contratos a precio alzado, pero establece una excepción, se autoriza la aplicación de la teoría de impresión, lisa y llanamente, esto es, ante el acaecimiento de circunstancias económicas de tipo general independientes a la voluntad de las partes, que determinen incrementos o decrementos en el costo de los insumos correspondientes a trabajos aún no ejecutados, conforme al programa pactado entre las partes, se permite el ajuste de los precios conforme a las normas que determine la actual Secretaría de la Función Pública.

Como una innovación, la norma autoriza tanto la emisión de estimaciones por trabajos extraordinarios, como el pago de las mismas, aún antes de la formalización de los convenios, siempre y cuando, en el segundo caso, con ello no se rebase la autorización presupuestal otorgada al contrato original; con la finalidad de llevar un control y seguimiento riguroso del cumplimiento de los contratos, los trabajos ejecutados con fundamento en los convenios, ya sean en monto o en tiempo, han de estar referidas a dichos instrumentos jurídicos. La norma también obliga a que las modificaciones en monto y en plazo deban ser consideradas en forma separada aún cuando se incorporen en un mismo convenio; que los porcentajes de modificación deben referirse al plazo o al monto originales, según sea el caso. Las primeras han expresarse en días naturales.

La norma aclara, sin que ello hubiere sido necesario, ya que este sería el caso del cumplimiento anticipado de las obligaciones, que en el supuesto de que la obra sea terminada con antelación a la fecha de terminación no será necesaria la celebración de ningún convenio, pero cuando se requiera un mayor plazo para la terminación de la obra, por causas no imputables a la contratista, se deberá solicitar una ampliación al plazo de ejecución con los soportes documentales que correspondan, teniendo el ente estatal contratante un plazo de treinta días para emitir la resolución que en derecho proceda. Para el caso de silencio de la autoridad, es decir, que no se emita la resolución de autorización en el plazo previsto, se establece la figura de la afirmativa ficta, debiéndose formalizar el convenio en un plazo igual, ya sea que acontezca uno u otro hecho.

Ya sea el caso de las dificultades materiales imprevistas o de deficiencias en el proyecto que determinen la necesidad de ejecutar trabajos indispensables o útiles, la norma prevé que resulta indispensable que el contratista obtenga la autorización previa y por escrito del residente de obra, para poder ejecutar los trabajos de que se trate, ya que de otro

modo, no procederá pago alguno, esto es, no se reconoce el derecho al pago de trabajos ejecutados aún cuando estos resulten indispensables para la ejecución de la obra, sin que medie autorización previa y por escrito, con excepción de urgencias, es decir, trabajos que daban realizarse de inmediato, sin que sea posible esperar autorización alguna, que podría ser el caso de algunos trabajos indispensables.

En cuanto a los precios unitarios a aplicar en los trabajos extraordinarios, se establece como principio, que deben ser los originalmente pactados en el contrato original, y en el caso de los no previstos que deben aplicarse los costos indirectos, por financiamiento y utilidad, salvo el caso de los gastos improductivos ya comentado. En cuanto a los costos directos, el contratista queda obligado a presentar sus análisis de precios unitarios dentro de los treinta días siguientes a la orden de ejecución, anexando los soportes y apoyos necesarios para su revisión, conciliación y autorización, misma que ha de emitirse en un plazo máximo de treinta días naturales al de su presentación. La orden de ejecución de los trabajos adicionales, debe ser anotada en la bitácora, además de emitirse una orden de trabajo y por supuesto toda autorización de precios extraordinarios debe constar por escrito, los cuales pasarán a formar parte del contrato conforme al convenio que en cada caso sea suscrito por las partes.

Se determinan cuatro procedimientos para la determinación de dichos costos directos, los cuales son excluyentes entre sí, en orden progresivo. El primero consiste en aplicar los costos directos ya considerados en los precios unitarios ya existentes; en el segundo, los costos directos serán la base para la determinación de los nuevos precios, considerando otros investigados en el mercado, pero referidos a la fecha de celebración del acto de presentación y apertura de las proposiciones, permitiéndose incluso, tomar como base precios unitarios de otros contratos cuyo procedimiento constructivo sea similar pero ajustando los consumos de insumos y rendimientos en razón del grado de dificultad y alcance del nuevo precio; el tercero consiste en una propuesta libre del contratista, en la que sólo deberá considerar los costos ya existentes o los que haya investigado en el mercado, pero la determinación de los consumos y rendimientos de conformidad con la experiencia de su personal o antecedentes de trabajos similares, se otorgará al contratista un plazo de treinta días para la presentación de su propuesta y se emitirá la resolución procedente en igual plazo; el cuarto procedimiento consiste en la observación directa de los consumos y rendimientos, debiendo existir acuerdo previo respecto de los insumos a

utilizar en la ejecución de cada concepto de obra, demás del método constructivo y de observación, debiendo asentar todo en la bitácora de la obra y en un escrito por separado, donde se detalle la forma y términos en que ha de llevarse a cabo la ejecución de los trabajos y la determinación de los precios, debiendo entregarse en un plazo igual al de la frecuencia de las estimaciones, la documentación comprobatoria de los consumos y recursos empleados, la cual deberá estar avalada por la persona autorizada para ello, la revisión, conciliación y autorización será realizada por una unidad administrativa con facultades expresas para realizar dicha función.

En cuanto al contenido mínimo de los convenios, el último de los artículos citados, establece sus requisitos señalando:

“Artículo 80.- Según el tipo y las características de los contratos, los convenios deberán contener como mínimo lo siguiente:

- I. Identificación del tipo de convenio que se realizará así como de cada una de las partes contratantes, asentando el nombre y el cargo de sus representantes, así como el acreditamiento de su personalidad;
- II. El dictamen técnico y los documentos que justifiquen la celebración del convenio;
- III. El objeto del convenio, anotando una descripción sucinta de las modificaciones que se van a realizar;
- IV. Un programa de ejecución valorizado mensualmente, que considere los conceptos que se realizarán durante su vigencia;
- V. La estipulación por la que las partes acuerdan que, con excepción a lo expresamente estipulado en el convenio, regirán todas y cada una de las cláusulas del contrato original;
- VI. Cuando el convenio implique un incremento al plazo de ejecución, se deberá señalar el plazo de ejecución para el convenio y el porcentaje que representa, así como el plazo de ejecución total considerando el del contrato original y el nuevo programa de ejecución convenido, y
- VII. Cuando el convenio implique un incremento al monto además se deberá considerar lo siguiente:
 - a. Que se indique la disponibilidad presupuestaria;
 - b. Que el importe del convenio esté referido con número y letra, así como el resultado de la suma con el contrato original, y el porcentaje que representa el nuevo importe respecto del original;
 - c. Que se indique la obligación, por parte del contratista, de ampliar la garantía en los mismos términos a los establecidos para el contrato original, y
 - d. Que exista un catálogo de conceptos valorizado, indicando las cantidades y los precios unitarios que lo conforman, determinando cuál es su origen en los términos del artículo 59 de la Ley.”

4.9.7.- LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

Ya fue comentado que en el contrato de obra pública, es un contrato administrativo por excelencia, que ello se debe a que en él se observa como en pocos, que las facultades ejecutivas con que está dotado el Estado, las cuales resultan exorbitantes respecto de las condiciones de ejecución de los contratos civiles, lo cual fue expresado con claridad al analizar las facultades de dirección y control de la obra pública, la facultad de modificar los contratos unilateralmente, la intangibilidad de la remuneración del contratista y las formas de mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato, además de las expresiones prácticas que implica la continuidad en la ejecución de los trabajos, las cuales sólo resultan lógicas cuando se considera que los órganos estatales contratantes deben resolver unilateral y ejecutivamente todas las incidencias que se presenten durante el proceso de ejecución del contrato.

Dichas incidencias en ocasiones resultan múltiples y es por ello que tanto el Estado como los contratistas particulares cuentan con representante en el sitio de ejecución de los trabajos, quienes tienen a su cargo todos los aspectos técnicos del cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin embargo, también están las dificultades jurídicas que se presentan con respecto al estricto cumplimiento del contrato, por supuesto, en todos los casos el contratista tiene derecho a expresar todo lo que a su derecho convenga, y el Estado a través de sus órganos debe interpretar el contenido del contrato y las normas que lo regulan bajo los principios fundamentales del Derecho Administrativo, en especial debe ser considerada la estricta aplicación del principio de legalidad, siempre teniendo presente que la finalidad última de éstos es la realización del interés público, el cual no se satisface con la rescisión de los contratos, sino con su cabal cumplimiento, es por ello que cualquier disputa entre el contratista y el ente estatal contratante debe resolverse sin que los trabajos objeto indirecto del contrato sean suspendidos, así como tampoco reducida su cadencia de ejecución, la obra una vez iniciada debe seguir su curso, el cumplimiento del programa general de ejecución de los trabajos, salvo que la disputa verse sobre aspectos técnicos que directamente afecten al procedimiento constructivo, sin embargo, debe tenerse presente que dada la naturaleza de las instrucciones que gira el Estado, es decir, que este manifiesta su voluntad mediante la emisión de actos administrativos, el particular contratista está subordinado al Estado para cumplir con el objeto del contrato, ya que en caso de oponerse al cumplimiento de dichos actos, sólo tiene la opción de dejar

constancia escrita de su oposición para evitar futuras responsabilidades y cumplirlas, o bien, considerando la aplicación de las teorías de los actos separables y coaligados, su única opción es la impugnación, ya sea en sede administrativa o judicial.

Por supuesto, a este respecto es aplicable todo lo afirmado en el primer capítulo de este trabajo, y lo expresado por García de Enterría y Fernández⁶¹¹, teniendo en cuenta que lo importante para el Estado es la ejecución de la obra hasta su total terminación, y que las facultades ejecutivas del Estado tienen como límite el *pacta sunt servanda*, es decir, el contrato no puede ni debe ser modificado para cambiar el objeto indirecto del contrato y si la disputa versa sobre las prestaciones debidas al contratista, las decisiones estatales siempre deben velar por el mantenimiento de la ecuación económico financiera, la cual ha de permanecer inalterada durante todo el período de vigencia del contrato.

4.9.8.- LA SUSPENSIÓN DE LOS TRABAJOS.

Como ya se dijo, una vez iniciada la ejecución de los trabajos, estos deben continuar hasta su total terminación, sin embargo, no siempre esto es posible, tanto el Estado como el contratista pueden determinar la suspensión de los trabajos. Por supuesto que este hecho de la suspensión únicamente puede acontecer en contratos como el de obra pública, que es de tracto sucesivo, que requiere de un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación, consistente en la ejecución de la obra, la cual no puede ser realizada en un momento, sino que se cumple de momento a momento, y la suspensión consiste justamente en la interrupción del cumplimiento de las obligaciones, la cual puede estar motivada por múltiples razones, dependiendo de quien tome la determinación.

En principio, cuando el Estado decreta la suspensión de los trabajos ello debe ser por la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o por el *factum principis*, o hecho del príncipe, ya analizados en el primer capítulo de este trabajo, sin embargo, también puede acontecer que ello suceda por acto ilícito de la administración como el incumplimiento de alguna obligación contractual que impida la normal ejecución de los trabajos en el plazo previsto, en cualquier caso, el contratista tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos improductivos que le genere la suspensión de la obra.

⁶¹¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Op. Cit. Pág. 719.

Tratándose de la contratista, como ya se comentó en principio este no tiene derecho a interponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la *exceptio non rite adimpleti contractus*, sin embargo, como ya también fue analizado, la norma le permite el incumplimiento de sus obligaciones en el caso de atraso en la entrega del anticipo o bien, cuando no se realice el replanteo de la obra, en los términos en que es regulado por la legislación mexicana, lo cual equivale a la oposición de primera de las excepciones antes indicadas. Igualmente ante el caso fortuito o fuerza mayor el contratista tiene derecho a suspender la ejecución de los trabajos, comunicándoselo oportunamente al órgano estatal contratante, siendo oportuno destacar que si el caso fortuito o fuerza mayor causan daños en la obra, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por este hecho a efecto de que cuente con los recursos necesarios para reparar o reconstruir los trabajos dañados, sin que esto pueda ser acordado en el caso de los trabajos mal ejecutados, ya que en tal supuesto la responsabilidad de su demolición y reconstrucción o reparación corre a cargo del contratista. Ahora bien, por lo que hace a la otra excepción, se procederá a su análisis al tratar lo relativo a la rescisión administrativa del contrato.

El servidor público que ordene la suspensión de la obra debe estar facultado expresamente para ello, así mismo, como ya se analizó, todo acontecimiento importante debe ser registrado en la bitácora de obra, por lo que la suspensión debe ser registrada en ella. El documento con que se ordene la suspensión de la obra debe estar debidamente fundado y motivado, por tanto, no basta con argumentar la existencia de cierto hecho, debe demostrarse en forma indubitable su existencia, por lo general la legislación establece ciertos límites máximos a la suspensión de las obras y en el supuesto de que excedan dicho plazo, otorgan al contratista el derecho de solicitar la terminación anticipada del contrato, con el correspondiente pago de los gastos no recuperables. Además deberá formalizarse con la celebración de un convenio.

Por definición, la suspensión de la obra, implica la interrupción momentánea o temporal, ya sea parcial o total, pero en algunos casos será definitiva, por lo tanto los trabajos no serán reiniciados nunca, cuando menos durante la vigencia del contrato de que se trate. Sobre el particular se expresan autores como Fernández Ruiz⁶¹², Canals Arenas⁶¹³,

⁶¹² Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 298 y 299.

⁶¹³ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 197 a 199.

Martínez Alfaro⁶¹⁴, Bezzi⁶¹⁵, Escola⁶¹⁶, y Dromi⁶¹⁷, asimismo, la LOPSRM, regula el tema en sus artículos 60, 62, 63, 83 y 86, el RLOPSRM, lo hace en los artículos 114 a 119.

Considerando lo expuesto por los autores antes citados, así como lo normado expresamente por las normas jurídicas en cita, puede afirmarse que existen cuatro tipos de suspensiones de obra, la temporal total, la temporal parcial, la definitiva total y la definitiva parcial, las cuales se diferencian unas de otras conforme a lo siguiente:

La suspensión temporal total de la obra.- Este es el caso, la ejecución de los trabajos es interrumpida de manera sistematizada por un tiempo determinado, hasta que cese la causa que la provoca, o sea resuelto el problema que impide la realización de los trabajos. En estos casos, la legislación establece un plazo máximo de duración de la suspensión que consiste en un porcentaje del plazo de ejecución pactado entre las partes, o bien, obliga a que el órgano estatal contratante, establezca un plazo determinado para la duración de la misma, por tanto lo que se prohíbe es la suspensión por tiempo indefinido o la prórroga. Lo que la norma protege con lo anterior, son los bienes del contratista, como son la maquinaria, equipo y herramienta de construcción, los cuales quedan afectados a la obra de que se trate desde el inicio hasta su terminación, conforme al programa de utilización respectivo, ya que de otra suerte se le impediría la legal explotación de sus bienes, imponiendo una carga extraordinaria al contratista, sin fundamento legal alguno, lo cual implicaría la obligación para el Estado de pagar una indemnización total.

La suspensión temporal parcial de la obra.- Este es el caso de que por alguna razón justificada, como pueden serlo, la existencia de deficiencias u omisiones en el proyecto ejecutivo de la obra pública, que sea necesario realizar para dar continuidad a la obra, o de una solución técnica para superar alguna dificultad material imprevista, sea necesario suspender la obra en parte de la misma y no la totalidad de ésta. Al igual que en el anterior caso la suspensión debe estar sujeta a un término suspensivo, es decir, será decretada por un plazo determinado, que no podrá ser ampliado de modo alguno.

⁶¹⁴ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 76 a 82.

⁶¹⁵ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 321 y 322.

⁶¹⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 783 y 784.

⁶¹⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 362 y 363.

La suspensión definitiva y total de la obra.- Este puede ser el caso de que una obra inicie habiéndose determinado previamente, su factibilidad técnica, económica, ambiental etc., pero que con posterioridad al inicio de los trabajos, cambie alguna circunstancia que impida al Estado la realización de la obra, como puede ser el caso de reducciones drásticas de carácter presupuestal, e incluso que se determine la inconveniencia de ejecutar la obra, por resultar perjuicio grave al Estado por su terminación, e incluso la desaparición del objeto del contrato, como puede ser la destrucción del inmueble por causa no imputable al contratista, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor. En estos casos se deberá proceder a la terminación anticipada del contrato, otorgando al contratista la indemnización que en derecho proceda, la cual como ya se indicó en el primer capítulo de este trabajo, debiera ser total y no parcial como la prevé la legislación.

La suspensión definitiva y parcial de la obra.- Este es el caso de que el Estado después de iniciada la ejecución de los trabajos, determine, por causa justificada, la modificación del proyecto y consecuentemente del contrato, determinado que cierta parte de la obra no deberá ser ejecutada por el contratista, lo que ha de implicar la cancelación de conceptos y/o volúmenes de obra, y tal vez, en el plazo de ejecución de los trabajos.

Para que resulte procedente la suspensión de los trabajos cualquiera que sea su clase, la norma, debe establecer que el ente estatal contratante tiene esa facultad ejecutiva sobre el contrato, independientemente de que las partes hayan pactado tal procedimiento en el contrato respectivo, ya que se trata de una facultad irrenunciable del Estado. Además en todos los casos; debe notificarse formalmente al contratista la decisión tomada la cual debe estar debidamente fundada y motivada; una vez determinada la suspensión, se deberá proceder al levantamiento de una acta circunstanciada en la que se establezca el estado que guarde la obra al momento de la suspensión de los trabajos.

En el caso de las suspensiones temporales, una vez ordenado el reinicio de los trabajos, se deberá proceder a la celebración de un convenio en el que se establezca con precisión, el tiempo en que se diferirá sin modificarse el plazo de ejecución de los trabajos, por tanto, bajo ningún motivo será procedente incrementar o ampliar el plazo de ejecución de un contrato de obra pública en razón de una suspensión. En el supuesto de las suspensiones definitivas, se procederá a la terminación anticipada del contrato, o bien

a la celebración de un convenio modificante o adicional, según sea la proporción de la obra cancelada.

La suspensión de una obra también puede acontecer como consecuencia de un procedimiento de inconformidad presentado por un contratista que haya participado en el procedimiento de contratación respectivo, ya sea ante la contraloría interna del ente estatal contratante, o bien, directamente ante la Secretaría de la Función Pública, en esos casos la norma autoriza a la citada autoridad para suspender el procedimiento administrativo de contratación de que se trate, sin embargo, dado que las inconformidades son interpuestas el último día del plazo otorgado para ello, y que los trámites de estudio, admisión de la inconformidad e inicio del procedimiento respectivo tardan algunos días, es frecuente que no se ordene la suspensión del procedimiento de contratación, sino la suspensión del contrato, ya que la primera ha concluido totalmente para esas fechas.

Dicha suspensión temporal, podrá dictarse cuando se prevea que existen actos contrarios a la ley o de proseguirse con la ejecución del contrato se causen perjuicios al interés público y no se contravengan disposiciones de orden público, o bien, si de continuarse el procedimiento de contratación, pudieran producirse daños o perjuicios al órgano estatal contratante de que se trate. Igualmente dicha suspensión podrá convertirse en definitiva, cuando se determine la nulidad lisa y llana del procedimiento de contratación e incluso cuando esta sea para efectos y con la reposición del procedimiento de contratación ya no se determine a la misma contratista como ganadora del evento.

Gastos no recuperables.- Por lo que hace al pago de la indemnización por la suspensión de los trabajos, se regula que los llamados gastos no recuperables, se constriña al pago del daño emergente sin incluir el lucro cesante, por tanto, únicamente incluirá los gastos realizados por la contratista por concepto de rentas de equipo, el dos por ciento del costo directo de los trabajos no ejecutados durante el período de la suspensión, el cual no puede ser mayor de los indirectos, la plantilla del personal de vigilancia y conservación durante la suspensión, el indirecto de oficinas de campo, la mano de obra que no haya sido trasladada a otra obra y hubiere tenido una función específica, y el costo que hubiere implicado ampliar el plazo de vigencia de las garantías.

Acta circunstanciada.- La suspensión de la obra significa que debe realizarse un alto en la realización de los trabajos, por ello resulta necesario que exista constancia del estado en que quede la obra al momento de la suspensión, a efecto evitar cualquier tipo de disputa relativa a la ejecución o no de tal o cual concepto de obra o del volumen realizado y del pendiente de ejecutar, es por ello que debe levantarse una acta circunstanciada. La norma establece que cuando las suspensiones sean múltiples, por lapsos cortos, de difícil cuantificación, se autoriza a las partes a su agrupación y formalización mediante el levantamiento de sólo un documento.

El acta circunstanciada debe contener como mínimo los siguientes requisitos: el lugar, fecha y hora en que se instrumente; nombre y firma del residente de obra, del superintendente de construcción y del servidor público autorizado para decretarla; identificación de los trabajos que deban suspenderse y las medidas necesarias para su reanudación; los hechos que hayan motivado la suspensión; una descripción detallada del estado en que quedará la obra, haciendo constancia del personal y equipo que será retirado de la obra y del que permanecerá en ella; el plazo de duración de la suspensión y la mención de sí el reinicio de los trabajos quedará sujeto a una condición suspensiva; las acciones tendientes a asegurar los bienes y el estado de los trabajos y la terminación de los mismos que a cargo del órgano estatal contratante; el programa general de ejecución de los trabajos que se aplicará al momento de reiniciar los trabajos, el cual deberá considerar el diferimiento de los períodos y procesos de construcción, sin modificarlos; y las medidas de protección necesarias para salvaguardar los trabajos realizados, el lugar de trabajo, sus instalaciones y equipo. Para el caso de que la o las suspensiones estén motivadas por casos fortuitos o fuerza mayor, no podrá atribuirse responsabilidad alguna a las partes, por lo que sólo se limitarán a la formalización del convenio respectivo, donde se establezcan las fecha de inicio y terminación de la suspensión, así como el lapso de duración de la misma,

4.9.9.- PROHIBICIÓN DE TRANSFERENCIA DE DERECHOS EN EL CONTRATO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, LA CESIÓN Y LA SUBCONTRATACIÓN.

Un aspecto trascendente del contrato de obra pública, es su naturaleza *intuitu personae*, ya que ello es lo que obliga a que en los procedimientos administrativos contratación o de

selección del contratista, se establezcan requisitos especiales en cuanto a la acreditación de la personalidad, la capacidad técnica y la financiera, así como de la experiencia en la realización de trabajos similares, como ya fue analizado en el capítulo segundo de este trabajo. La consecuencia jurídica de esto es que el contratista resulta ser el único responsable por la ejecución de los trabajos como lo indica el artículo 67, de la LOPSRM.

De este principio deviene una prohibición general para el contratista del Estado, que se traduce en el impedimento legal para transferir los derechos adquiridos con motivo de la celebración del contrato, que se manifiesta en la regulación de dos figuras que obligan al contratista a permanecer siempre en esa postura, es decir, ser el único responsable de la ejecución de los trabajos, que son la cesión del contrato y derechos derivados del mismo y la subcontratación. El Estado siempre tendrá la facultad discrecional de autorizar o no las solicitudes que en ese sentido emita el contratista, pues se trata de un contrato en el que lo importante, son las cualidades y aptitudes personales del obligado para el cumplimiento del contrato.

Dada la importancia del tema, en general todos los tratadistas que estudian el contrato de obra pública, abordan el tema y son coincidentes en cuanto su esencia. En tal sentido se expresan García de Enterría y Fernández⁶¹⁸, García-Trevijano Garnica⁶¹⁹, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁶²⁰, Dromi⁶²¹, Fiorini⁶²², Bezzi⁶²³, Canals Arenas⁶²⁴, y Martínez Alfaro⁶²⁵, así mismo, la LOPSRM, regula dichas figuras jurídicas en los artículos 33, fracción XVI, y 47, a su vez el RLOPSRM, hace lo propio en los artículos 53, 54, y 55.

La cesión de derechos.- Como ya fue explicado, el principio general es que se prohíbe al contratista ceder de cualquier forma el contrato de obra pública que haya celebrado con el Estado, esto es, rige un principio de incesibilidad en los contratos administrativos y la sanción al incumplimiento de esta obligación, es la más severa de las previstas mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, es decir, la rescisión administrativa del contrato.

⁶¹⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 753y 754.

⁶¹⁹ García-Trevijano Garnica, Ernesto, La Cesión del Contrato Administrativo. La Subcontratación, 1ª Ed. España, Cuadernos Civitas, 1997. Págs. 15 a 117.

⁶²⁰ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 38 a 40.

⁶²¹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 345 y 346.

⁶²² Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 605 a 607.

⁶²³ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Pág. 103.

⁶²⁴ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 194 a 197.

⁶²⁵ Martínez Alfaro, Joaquin, Op. Cit. Págs. 115 a 119.

Sólo por excepción se autoriza al contratista a ceder los derechos de cobro derivados de las estimaciones que por trabajos ejecutados someta a revisión y autorización del órgano estatal contratante.

Cabe mencionar que en general, la cesión de derechos de cobro de las estimaciones, es usada por el contratista para obtener liquidez económica, y lo hace a través de la figura del descuento, la cual no está debidamente regulada por el derecho mercantil, aunque la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se refiere a ella en los artículos 152 y 174, cuando trata lo atinente a las letras de cambio y el pagaré, además regula la figura del descuento en libros, en los artículos 288 a 290. La doctrina jurídica de la materia, en esencia coincide en opinar que se trata de la compra de un crédito documentado a plazo que por lo general consta en un título de crédito, que consiste en la transferencia de un crédito futuro que consta en un documento, generalmente un título de crédito, pero no necesariamente, por el cobro de una comisión a la que se denomina descuento, el cual es realizado por una persona llamada descontante que es quien compra y por otra llamada descontatario, que es quien vende el crédito documentado a plazo a cambio del pago de una comisión o descuento, que por lo general es un porcentaje fijo del valor del documento.

Para que sea procedente la cesión de derechos de cobro de las estimaciones, el contratista debe solicitar al órgano estatal contratante, su consentimiento para realizar la transacción comercial ya enunciada, mediante la presentación de un escrito, y éste está obligado a dar respuesta por el mismo medio en un plazo máximo de quince días naturales. En el supuesto de que la presentación de la solicitud antes referida tenga como efecto el retraso en el pago de alguna estimación, se considera que el atraso es imputable al contratista y no ha lugar al reclamo de gastos financieros.

La subcontratación.- Otra forma de transmisión de los derechos concernientes al contrato de obra pública es la subcontratación, es decir, el contrato a través del cual el contratista encomendaría a un tercero la ejecución de los trabajos, con lo que se subrogaría en sus derechos, sin embargo, dados los principios enunciados al iniciar este punto, la norma prohíbe expresamente la celebración de este tipo de contratos. Pues la incesibilidad de los contratos administrativos es de orden público, la prohibición vela por el cumplimiento del interés público, lo que interesa en los contratos administrativos, es que la persona

seleccionada mediante el procedimiento administrativo que corresponda, sea quien cumpla con las obligaciones contraídas, ya que se celebró el contrato con ella por haber demostrado su idoneidad desde el punto de vista de su capacidad técnica, experiencia y suficiencia de recursos económico-financieros para ello. El incumplimiento a este principio al igual que en el anterior caso, resulta por demás severo, ya que la subcontratación sin autorización da lugar a la rescisión administrativa del contrato. Sin embargo, el principio antes enunciado admite excepciones.

Se permite la subcontratación parcial de la obra con algunas limitantes, la más importante de ellas, es que el contrato respectivo no tiene el efecto de subrogación con respecto al subcontratista, ya que éste nunca establece una relación jurídica con el ente estatal contratante, ni adquiere los derechos del contratista original. Otra limitante, en este tipo de contratos, consiste en que el Estado prácticamente ignora o desconoce la celebración de los mismos, aún en los casos en que autoriza su celebración, por lo que se abstiene de intervenir en estas relaciones, aún en caso de incumplimiento en el pago de los trabajos ejecutados al subcontratista.

En otros países, como España y Argentina, si bien no se permite la total subrogación de derechos, el Estado registra controla y vigila el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista y del contratista para con el primero, de modo tal que en caso de falta de pago, por los trabajos, el Estado interviene y descuenta al contratista de sus estimaciones los adeudos por tales conceptos y los entera a los acreedores. Esto en razón de que lo importante para el Estado es la terminación total de los trabajos y para ello ejerce con toda su fuerza el principio de dirección y control de la obra pública, mediante el registro y seguimiento de todo tipo de subcontratos, aunque atendiendo a la naturaleza *intuitu personae* del contrato de obra pública, limita su celebración a un porcentaje específico del monto total contratado y establece como requisito la existencia de un mínimo de obra ejecutada por el contratista.

Existen dos procedimientos para la autorización de subcontratos. En un primer caso, el Estado al formular el pliego de requisitos o bases de la licitación establece desde ese momento las partes de la obra o suministros de materiales y equipos de instalación permanente, que por su especialidad requieren ser ejecutados por el fabricante. En este supuesto, el contratista no requiere autorización por escrito para celebrar el subcontrato,

basta con que al presentar su propuesta haya indicado las partes de la obra que subcontratará, para que durante la ejecución de los trabajos proceda a la celebración del subcontrato, bastando con que informe de ello al ente estatal contratante.

El otro supuesto se da cuando la subcontratación no es prevista desde la tramitación del procedimiento administrativo de contratación y después de celebrado el contrato el subcontratista requiere celebrar un subcontrato para la realización de un trabajo específico de la obra. En tal caso el contratista debe presentar una solicitud escrita al ente estatal contratante requiriéndole su anuencia para la celebración del subcontrato. La legislación nacional no establece un procedimiento específico para la autorización de los subcontratos, ni determina que el Estado tenga la obligación de darle seguimiento y menos aún intervenir en esa relación contractual, para él el contratista es el único responsable de la ejecución de los trabajos, pero aplicando el principio de interpretación integral del Derecho Administrativo, en mi opinión debe aplicarse el mismo procedimiento que para la cesión de derechos de cobro de las estimaciones.

4.9.10.- EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y LA APLICACIÓN DE LAS PENAS CONVENCIONALES POR ATRASO EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Sin lugar a dudas, la potestad sancionadora, es la que más llama la atención en los contratos administrativos como el de obra pública, ya que esta facultad ejecutiva del Estado tiene como propósito fundamental compeler o intimar al contratista para que cumpla con rigor las obligaciones encomendadas que consisten en la ejecución de la obra pública de que se trate hasta su total terminación.

Cuando ello no acontece así, el órgano estatal contratante, previo apercibimiento escrito que realice al contratista, que ha de efectuarse a través de la bitácora de obra, formulando una nota, en el sentido de que debe incrementar los recursos asignados a la realización de los trabajos, para efecto de incrementar el ritmo, proporción o intensidad en la ejecución, para efecto de que éstos se efectúen en los plazos establecidos para cada concepto de obra y partida constructiva, conforme fue dispuesto en el programa de ejecución general de los trabajos firmado por las partes.

En el supuesto de que el contratista no cumpla con el requerimiento antes indicado, el Estado tiene la posibilidad de utilizar varios medios para obligarlo al cumplimiento de las obligaciones asumidas. Un aspecto trascendente en este punto es tener presente que al Estado en nada le beneficia la resolución o rescisión de los contratos, lo importante para los órganos del Estado que ejercen la función administrativa desde el punto de vista material y objetivo, por tanto, que con sus actos buscan cumplir con el interés público, es justamente eso cumplir con su cometido, mismo que por supuesto no estriba en terminar sus relaciones contractuales por la vía contenciosa, sin embargo, ante el incumplimiento ha de acudir a esta facultad, de la cual me ocuparé más adelante, por el momento, sólo se analizará la aplicación de multas y sanciones, que la legislación exige sean previstas en los contratos adoptando la forma de penas convencionales, las cuales no deben ser confundidas, como frecuentemente se hace, con la cláusula penal.

Como ya se trató, al analizar lo relativo a los requisitos de los contratos de obra pública, la norma prevé que dichos instrumentos jurídicos deben contener en sus pactos específicos penas convencionales, las cuales han de consistir en la aplicación multas y sanciones por atraso e incluso incumplimiento del contrato, pero definitivamente diferentes de las cláusulas penales, ya que no tienen la finalidad de indemnizar con el pago de daños y perjuicios, sino que la aplicación de multas y sanciones como fue afirmado en el primer capítulo de este trabajo, tienen la finalidad de intimidar al contratista e inhibir el incumplimiento de los contratos. En cuanto al pacto de estas estipulaciones, la prelación para su aplicación y sus alcances en general existe unanimidad de criterio entre los tratadistas que abarcan el tema como García de Enterría y Fernández⁶²⁶, Fiorini⁶²⁷, Bezzi⁶²⁸, Dromi⁶²⁹, Escola⁶³⁰, Canals Arenas⁶³¹ y Kemelmajer de Carlucci⁶³², lo cual además resulta coincidente con lo que en general se regula en la LOPSRM, en los artículos 27, segundo párrafo, y 46, fracción VIII, y el RLOPSRM, en los numerales 3, fracción III, 56, 57, 58, 124 y 133. Una excepción a la postura doctrinal dominante es la de Martínez Alfaro⁶³³, para quien las multas y sanciones que la norma exige sean aplicadas en el contrato de obra pública, se identifican con la cláusula penal en sus vertientes de

⁶²⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 718, 719 y 744 a 746.

⁶²⁷ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 730 a 732.

⁶²⁸ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 285 a 297.

⁶²⁹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 357 y 358.

⁶³⁰ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 679 a 682 y 778.

⁶³¹ Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 202 a 204.

⁶³² Kemelmajer de Carlucci, Aída, Op. Cit. Págs. 483 a 507.

⁶³³ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 128 a 134.

indemnización compensatoria de los daños y perjuicios causados ya fuera por mora en el cumplimiento del contrato o por el definitivo incumplimiento del contrato.

De nada valdría al Estado el ejercicio de la facultad de dirección y control del contrato de obra pública, si éste no contara con facultades ejecutivas tendientes a lograr imponer sus decisiones, en ese supuesto la norma sería imperfecta y de nada valdría el otorgamiento de tantas facultades. Lo importante para el Estado es la ejecución de las obras hasta su total terminación, es por eso que el contrato de obra pública es un contrato de resultados, lo importante es la terminación de las obras y para ello cada órgano estatal contratante, está facultado para establecer en los pliegos de requisitos o bases de la licitación y el contrato respectivo las cláusulas penales que la norma jurídica le permite establecer, ya que la finalidad, es el cumplimiento del interés público, pero ello tampoco podrá dar lugar a que se establezcan penas convencionales desproporcionadas o que no tengan la finalidad de compeler al cumplimiento, esto es, inhibir el incumplimiento.

En una relación contractual como la que nos ocupa siempre existen dos partes el Estado y el contratista, el incumplimiento de obligaciones puede suceder de las dos partes, y dependiendo del hecho los actos ilícitos de las partes pueden dar lugar a múltiples responsabilidades, pero como ya se ha enunciado en este apartado sólo importa tratar de las penas convencionales que deben estar previstas en la norma jurídica pero también estar insertadas como pacto expreso en los contratos de obra pública, dado que las multas y sanciones no están previstas en el contrato ni son parte del mismo, no corresponde proceder a su estudio por exceder el objeto de este trabajo.

Como fue indicado en el primer capítulo de este trabajo, las facultades sancionadoras del Estado se clasifican en tres tipos: las pecuniarias, las coercitivas y las resolutorias. Del análisis de lo previsto en la LOPSRM y el RLOPSRM, puede concluirse que la norma regula la aplicación de multas y sanciones de tipo pecuniario y las resolutorias pero omite hacerlo respecto de las coercitivas, por lo que atendiendo a la aplicación del principio de legalidad, debe concluirse que en nuestro sistema jurídico no es factible la aplicación de las sanciones coercitivas, pues la norma no permite expresamente su inclusión en los contratos de obra pública.

Es necesario comentar que en la práctica esto sucede así salvo en algunos entes del Estado que acostumbran la inserción de cláusulas específicas en las que se establecen los principios generales para sustituir a los contratistas en ciertas actividades constructivas con otras empresas, cuyo pago queda bajo la responsabilidad del propio ente estatal deduciendo los montos correspondientes del saldo no ejercido del contrato original, sin embargo, adolece del error de no-prever la previa intimación para hacer factible su procedencia, por lo que su aplicación, las más de las veces, resulta en excesos de poder que lejos de hacer cumplir el cometido de la sanción coercitiva, que es compeler al cocontratante al cumplimiento del contrato, tiene el efecto de descapitalizarlo y dar lugar a la aplicación de la sanción resarcitoria de la cual me ocuparé más adelante al analizar lo relativo a la rescisión administrativa del contrato.

Las sanciones pecuniarias, como se ha dicho, están reguladas por los preceptos legales ya citados, que en esencia se establecen que estas deben preverse en los contratos de obra pública, bajo la forma de penas convencionales, las cuales han de pactarse para corregir los atrasos que se presenten en la ejecución de los trabajos, cuando esos atrasos sean por causa imputable al contratista, estableciendo sanciones no de tipo indemnizatorio, sino más bien inhibitorias, ya que preferentemente han de aplicarse en forma de retenciones que podrán ser recuperadas por el contratista, y han de calcularse exclusivamente en función de los trabajos no ejecutados oportunamente, es decir, en el plazo establecido en el programa general de ejecución de los trabajos, convenido entre las partes, o en los parciales relativos a suministros o de utilización de insumos, tales como mano de obra, materiales, maquinaria y equipo de construcción, y personal profesional técnico administrativo, responsable de la ejecución de los trabajos, ya sean avances físicos parciales o totales, por partida constructiva e incluso por concepto de obra y por supuesto por incumplimiento en la fecha de terminación programada, denotándose su carácter, en el hecho de que su aplicación es circunscrita a que todas ellas, incluyendo las que tengan la forma de multas, por tanto, no sean recuperables, no puedan exceder del importe de la garantía de cumplimiento de contrato, que generalmente es del diez por ciento del monto contratado, es por ello, que se establece como principio general, la posibilidad de individualizarlas de conformidad con las características, complejidad y magnitud de cada obra, tipo de contrato, grados de avance de los trabajos, y la posibilidad de recepción parcial de los trabajos.

Un aspecto a destacar, es que tal como lo señalan las normas, las sanciones por lo general están dirigidas a cuidar el cumplimiento de la obligación principal y se olvida establecer sanciones o multas en el caso de que no se cumplan oportunamente algunas obligaciones secundarias como la presentación de estimaciones de todo tipo, uso de bitácora, y presentación de precios unitarios de obra extraordinaria, entre otras.

Los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales deben ser establecidas en las políticas, bases y lineamientos en materia de obras y servicios deben emitir los titulares de todas las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades paraestatales, a cuya inconstitucionalidad ya me he referido, los cuales deben considerar que debe darse preferencia a la aplicación de estas antes de que las sanciones rescisorias, sin perjuicio de que puedan ser acumulativas con las garantías y el pago de daños y perjuicios, los cuales en principio no pueden pactarse en cláusula penal, sino que hayan de calcularse para cada caso en particular conforme a lo previsto en la propia norma.

Por lo que hace a la aplicación de la cláusula penal en los contratos de obra pública, dado que no se encuentra regulada en la LOPSRM y el RLOPSRM, y que conforme a dichas normas los daños y perjuicios deben calcularse en cada caso, como sobre costo de los trabajos, desde mi punto de vista, no resulta procedente su inserción en los contratos motivo de este trabajo, sin embargo, en su caso, su pacto debe considerar lo establecido en el Código Civil Federal en sus artículos 1840 a 1847 y 2117, de aplicación supletoria en materia de obra pública, los cuales determinan que es la convención hecha por las partes contratantes para establecer anticipadamente el importe de los daños y perjuicios que importa el comportamiento relativo al incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales, los cuales no pueden exceder del monto contratado u obligación principal, aplicándose bajo el principio de proporcionalidad respecto del grado de cumplimiento de la obligación principal, lo cual prácticamente obliga a concluir que en el caso de nuestra legislación no existe posible convivencia entre la aplicación de sanciones y multas, y el establecimiento de cláusulas penales.

4.10.- FORMA NORMAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

Tal como fue expuesto en el primer capítulo de este trabajo, la forma normal de terminación de los contratos administrativos es el cumplimiento del contrato y el de obra pública no es la excepción, por lo que todo lo expuesto al respecto es aplicable al contrato motivo de este trabajo. Sin embargo, dadas las particularidades del mismo y el hecho de que este contrato es de resultado, esto es, lo importante es la terminación de la obra, existe un régimen específico que regula la etapa final de estos contratos.

Al respecto, en la doctrina existe opinión unánime tocante a la necesidad, de la existencia de un régimen especial, que por lo general es establecido en las distintas legislaciones para dar por terminado un contrato de obra pública, así, García de Enterría⁶³⁴, Colmenar Luis y Colmenares Soto⁶³⁵, Parada⁶³⁶, Bezzi⁶³⁷, Dromi⁶³⁸, Escola⁶³⁹, Fiorini⁶⁴⁰, Fernández Ruiz⁶⁴¹, Canals Arenas⁶⁴² y Martínez Alfaro⁶⁴³, se refieren a ello expresando que dada la naturaleza del contrato de obra pública, en esencia se establece un procedimiento especial para darlo por terminado, el cual puede resumirse en la terminación de la obra, la notificación del hecho al órgano estatal contratante, el levantamiento de una acta de recepción provisional, el plazo de garantía, la liquidación o finiquito del contrato, la disolución del vínculo contractual y en algunos casos otro plazo prolongado de garantía por vicios ocultos y ruina de la obra, sin que ello implique que exista identidad absoluta en la secuencia y existencia de actos y plazos en todos los casos. Es importante destacar que desde el punto de vista doctrinal esto se divide en dos grandes etapas la del acta de recepción provisional y la del acta de recepción definitiva, sin embargo, el contenido de cada etapa varía de legislación en legislación y es por ello que he preferido señalar puntualmente los pasos a seguir en este procedimiento. La terminación de los trabajos y los actos y hechos que conforman las formalidades necesarias para dar por terminado el contrato de obra pública, están reguladas por los artículos 46, fracción IV, 64, 65, 66, 68, y

⁶³⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 737 a 740.

⁶³⁵ Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Op. Cit. Págs. 142 a 144.

⁶³⁶ Parada, Ramón, Op. Cit. Págs. 361 a 362.

⁶³⁷ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 162 a 169.

⁶³⁸ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 349 a 351.

⁶³⁹ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 785.

⁶⁴⁰ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 728 a 730.

⁶⁴¹ Fernández Ruiz, Op. Cit. Pág. 799.

⁶⁴² Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 209 a 211.

⁶⁴³ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 143 a 146.

69 de la LOPSRM, 56, 58, 84, fracciones XIII y XIV, 86, fracciones XII y XIII, y 135 a 143 del RLOPSRM, cuyo análisis efectuaré en el siguiente punto, destacando las diferencias existentes con otros sistemas.

4.10.1.- LA TERMINACIÓN DE LOS TRABAJOS, EL AVISO DE TERMINACIÓN DE LA OBRA, LA VERIFICACIÓN, LA RECEPCIÓN FÍSICA, EL FINIQUITO DE LOS TRABAJOS Y EL ACTA ADMINISTRATIVA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO.

En la legislación nacional, se han presentado cambios sustanciales en el régimen de terminación del contrato por cumplimiento del objeto contractual, anteriormente, las Leyes de Obras Públicas y de Adquisiciones y Obras Públicas, establecían que el procedimiento para la extinción de los contratos de obra pública, debía cumplir con las etapas de terminación de la obra, notificación del hecho al ente estatal contratante, la constatación del hecho, y el levantamiento del acta de recepción, esto es, no obligaba a que el hecho de la constatación de la terminación de los trabajos se hiciera constar en senda acta y que se formulara un finiquito del contrato, aún cuando se preveía que el mismo formara parte del acta de recepción de los trabajos. La legislación actual ya prevé expresamente la necesidad de instrumentar el acta en que se haga constar la constatación de la terminación de los trabajos y establece no sólo un plazo sino una metodología específica para formular el finiquito de obra, con lo que se ha equiparado en términos generales a lo previsto por otras legislaciones.

La terminación de los trabajos.- Como ya se ha analizado, el contrato de obra pública es de resultado, esto es, lo que importa para el mismo la terminación de la obra, sin embargo, esto no implica que el contratista pueda terminarla en el momento en que él lo decida, por lo general, en todos los contratos de obra pública, se establece un plazo específico para la terminación de los trabajos, cuya ejecución debe ser efectuada de conformidad con un programa general de ejecución de los trabajos, el cual está sustentado por otros parciales relativos a la utilización específica de todos y cada uno de los insumos necesarios para lograr el fin último del contrato que es la terminación de la obra, sin embargo, el hecho de que la obra no sea terminada en el plazo programado y pactado, no implica la automática extinción del contrato, lo que acontece es que el contratista ha de justificar momento a momento los hechos y circunstancias que incidan

en que la terminación de los trabajos no se realice en el plazo previsto, sin que ello le sea imputable, adquiriendo el derecho a que en su oportunidad le sean autorizados los convenios o convenio de ampliación del plazo.

Así mismo, en el supuesto de que la terminación de la obra tuviera verificativo fuera del plazo previsto contractualmente, por causas imputables al contratista, el órgano del Estado contratante, queda obligado a la aplicación de multas y sanciones que eviten el incumplimiento definitivo del contrato, las cuales han de ser aplicadas en el momento procesal oportuno, esto es, cuando el contratista incumpla con las fechas y plazos de terminación parciales, previstos en el programa de ejecución de los trabajos.

Una vez terminada la obra, se haya terminado en tiempo o no, el contratista queda obligado a notificar el hecho al ente estatal contratante. Dicha notificación ha de ser por escrito, ya sea por medio de una nota de bitácora o bien mediante un escrito que necesariamente debe anexarse a la primera. Después de efectuada la notificación, de la terminación de la obra, el contratante estatal queda obligado a constatar el hecho en el plazo legal o contractualmente previsto para ello. Al respecto puede afirmarse que existe coincidencia de criterio en las distintas legislaciones en el sentido de establecer que el Estado debe constatar la terminación de la obra en un plazo que debe ser establecido contractualmente, por lo que a su vez debe notificar al contratista el día y hora en que tendrá verificativo dicho acto.

Acta de recepción provisional o acta de recepción física.- Por lo general se establece que en la fecha y hora establecidos se efectúe una verificación física de que los trabajos se encuentren totalmente terminados, por lo que en el supuesto de que se detecten trabajos no ejecutados o cualquier otro tipo de deficiencias, se deberá solicitar al contratista su ejecución o reparación en un plazo perentorio, el cual en algunos casos puede ser diferido hasta por dos ocasiones, en otros, el incumplimiento da lugar al inicio de la rescisión del contrato y en el caso de la legislación nacional se prevé que será el órgano estatal contratante quien determine optar o no por dicha sanción.

Una diferencia fundamental de la legislación nacional con otras como la de España y Argentina, es que en esos países el acta de recepción provisoria o provisional, se efectúa inmediatamente después de terminada la constatación o verificación de que los trabajos

han sido terminados en apego al proyecto ejecutivo de la obra pública de que se trate, por lo que en ese mismo acto el contratista debe exhibir la garantía de vicios ocultos, con la que es sustituida la de cumplimiento de contrato, en los términos ya expuestos en el apartado correspondiente a las garantías de este contrato.

Además, en el caso específico de Argentina, la constatación de la terminación de los trabajos, implica realizar una última medición de los trabajos ejecutados, por lo que, derivado de su resultado, puede ser que se determinen modificaciones a los certificados de obra que se hayan tramitado, lo cual establece que todos ellos salvo el de finiquito tienen el carácter de provisional, pues las cantidades y conceptos en ellos asentadas quedan sujetas a las modificaciones que pudieran resultar de la constatación de la terminación de los trabajos.

En el caso de España y México, no se establece que al momento de la verificación de la terminación de los trabajos, deba realizarse una medición detallada de la obra, por lo que en general puede afirmarse que en dichos casos las estimaciones parciales no tienen el carácter provisional que en Argentina. Por último, es necesario señalar que en el caso de la legislación nacional, se establece que el acta de recepción física o provisional, sea levantada en acto posterior a la constatación de la terminación de los trabajos, otorgando para ello, un plazo perentorio al Estado, quien en ese lapso debe determinar la fecha y hora en que tendrá verificativo la instrumentación del acta, teniendo la contratista la obligación de exhibir en ese acto la garantía de vicios ocultos por la que haya optado.

En las legislaciones respectivas se establece quienes deben asistir al levantamiento del acta de recepción provisional o recepción física. Otra diferencia fundamental con Argentina, es que en ese país el levantamiento del acta de referencia no implica que el Estado quede en posesión de la obra, sino que paradójicamente es el contratista quien continúa en posesión de la misma, siendo que físicamente ya la ha entregado.

En todos los casos la legislación establece la posibilidad de que los órganos estatales contratantes, puedan efectuar recepciones parciales de la obra, siempre y cuando así se haya establecido en el contrato y que sea necesario incorporar las partes terminadas de la obra al servicio público, pues en todos los casos se hace el señalamiento de que las

partes que pueden ser recibidas han de ser plenamente reconocibles y determinables además de ser susceptibles de utilización y conservación de manera individual.

El plazo de garantía.- Como ya fue comentado en el apartado correspondiente de este capítulo, la garantía para responder de los vicios ocultos o cualquier otra responsabilidad en que pudiera haber incurrido el contratista es de doce meses y en eso existe unanimidad entre las distintas legislaciones, en lo que no existe identidad, es en las responsabilidades de la contratista durante ese lapso. En los casos de España y México, no se establece otra responsabilidad de que no sea responder por los vicios ocultos que pudieran aparecer durante el lapso de garantía, esto es, realizar el arreglo o reparación de las deficiencias o desperfectos que se produzcan en la obra como consecuencia de los vicios ocultos que pudiera presentar la construcción, sin embargo, en el caso de Argentina, como ya se ha indicado, las responsabilidades del contratista son mayores, ya que durante el plazo de garantía la obra, aunque no está en posesión física del mismo, queda bajo la responsabilidad de él por lo que debe cuidar de ella, lo cual desde el punto de vista fáctico y contractual, resulta excesivo.

Liquidación o finiquito de los trabajos.- Después de levantada el acta de recepción provisional o acta de recepción física, se establece un plazo contractual o legal para formular el finiquito o liquidación respectivos, que consiste en un balance detallado de todo lo ejecutado y pagado durante el lapso de ejecución de los trabajos, lo cual en estricto sentido consta en todas y cada una de las certificaciones o estimaciones de obra ejecutada tramitadas durante ese período, en la bitácora de obra. En el caso de la legislación nacional, se establece como obligación del contratista, la de presentar, junto con el aviso de terminación de los trabajos, un prefiniquito, pues ha de acompañar a dicha notificación toda esa documentación.

Las normas establecen la obligación del contratista de participar en el finiquito de los trabajos, para lo cual ha de ser requerido por el ente estatal contratante, para que se presente en el lugar, día y hora previstos para la celebración del evento, pero también la posibilidad de que dicho finiquito o liquidación de obra, pueda ser formulado unilateralmente por el ente contratante, asimismo, las normas determinan los elementos que ha de contener dicho documento y las forma de proceder en el supuesto de formulación unilateral, para efecto de que surta sus efectos jurídicos que no son otros que

el notificar el finiquito o liquidación, otorgando derecho a oponerse al resultado expresando lo que a su derecho convenga. Una vez establecido el resultado final de dicho documento, ya sea que determine la existencia de créditos a favor del contratista o bien adeudos de éste por sanciones o multas no pagadas, trabajos no reparados o ejecutados e incluso pagos en exceso, se deberá proceder, ya sea al pago de los saldos existentes a favor del contratista, o bien, a reclamar los saldos no cubiertos más los intereses correspondientes, para lo cual puede operar su descuento de los saldos existentes a su favor y en caso de no ser suficientes se podrán hacer efectivas las garantías correspondientes o bien, descontar dichos saldos del fondo de reparos en los casos en que la norma prevé su existencia. En México dejaron de aplicarse las retenciones de garantía desde los inicios de la vigencia de la Ley de Obras Públicas de 1980, como fue comentado en el segundo capítulo de este trabajo. En los casos de España y Argentina, el pago de las cantidades resultantes del finiquito se efectúa después de formulada el acta de recepción definitiva, el primer caso en el plazo de seis meses posteriores al levantamiento de dicha acta, el segundo el plazo es determinado en pacto contractual. En el caso de México, el finiquito debe ser pagado en el mismo plazo que las estimaciones, esto es, dentro de los veinte días naturales posteriores a su autorización.

Acta de recepción definitiva o acta administrativa de extinción del contrato.- En los casos de Argentina y España, el acta de recepción definitiva se instrumenta o levanta una vez terminado el plazo de garantía, tiene por efecto liberar todas las garantías otorgadas por el contratista y que la obra pase definitivamente a ser responsabilidad del ente estatal contratante y es hasta ese momento en que se liberan los pagos resultantes del finiquito, así como las garantías y en primer caso el fondo de reparos, sin embargo, la contratista sigue obligada a responder de los vicios ocultos e incluso de la ruina de la obra por defectos del subsuelo por un lapso de diez o quince años respectivamente.

En el caso de México, cuando el finiquito de la obra sea pagado en un plazo igual o menor a quince días posteriores a la firma del finiquito, dicho documento será utilizado como acta administrativa por la que se extingue el contrato, por lo que además de los requisitos previstos normativamente, se deberá incluir una declaración en el sentido de que por ese medio se extingue el contrato. Por lo general esto acontece, por tanto, en el plazo contractualmente previsto, se debe proceder a levantar el acta administrativa de extinción del contrato, cuyos requisitos son determinados normativamente.

La necesidad de que instrumentar dicha acta o formular el finiquito, como requisitos legales indispensables, para considerar que el contrato de obra pública se ha extinguido, son el resultado de considerar lo que doctrinalmente se ha sustentado en el sentido de que este es un contrato de resultado y que el plazo de ejecución simplemente constituye un indicador de que la obligación principal se ha cumplido en los términos pactados o no, pero no es un factor determinante para establecer la vigencia de dicho contrato, pues una vez que este se ha celebrado entre las partes, sólo puede darse por terminado cuando se formule el finiquito respectivo y se levante el acta administrativa de extinción de contrato o bien, que dicho contrato sea declarado disuelto mediante un procedimiento especial como el de rescisión de contrato o de terminación anticipada, pero siempre resulta ser requisito *sine qua non*, que exista una declaración administrativa de extinción de la relación contractual, por tanto, el simple transcurso del tiempo como lo es el plazo de ejecución no extingue al contrato de obra pública.

En la legislación nacional se establecen una serie de obligaciones adicionales posteriores a la terminación de los trabajos, a efecto de garantizar que las obras pasen a formar parte del patrimonio inmobiliario federal en cualquiera de sus vertientes, mediante el registro de los títulos de propiedad en las oficinas de Catastro y Registro Público de la Propiedad en las entidades federativas y también en el Registro Público de la Propiedad Federal y el Catálogo e Inventario de Bienes y Recursos de la Nación. A la par, se establece la obligación de vigilar que las áreas responsables de la operación de las obras públicas, las reciban oportunamente en condiciones de operación y con la información suficiente y necesaria para conservarlas y mantenerlas en condiciones apropiadas de funcionamiento.

4.11.- TERMINACIÓN ANORMAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES.

Tal como lo he afirmado sistemáticamente en esta parte del trabajo, la razón de ser de los contratos de obra pública es la ejecución de obras, ya sea que mediata o inmediatamente cumplan fines de interés público, por ello, en principio el Estado debe hacer todo lo posible para que estos se cumplan y se logre el propósito perseguido, sin embargo, no siempre esto es posible, en algunos casos existen hechos o actos sobrevenientes e independientes de la voluntad de las partes, como el *factum principis*, el caso fortuito o la fuerza mayor, que impiden el logro del objeto indirecto del contrato, incluyendo causas de

oportunidad, mérito, conveniencia e incluso invalidez, por tanto, en esos supuestos resulta necesaria su terminación antes de tiempo.

Igualmente, en otros casos, el órgano del Estado responsable de la contratación, actúa ilegalmente dejando de cumplir sus obligaciones, de modo tal que al contratista le resulta indispensable recurrir a solicitar la rescisión del contrato incluyendo los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor y hecho del príncipe, pero también resulta el caso de que es éste último quien no cumple con las obligaciones asumidas y pese a las intimaciones recibidas para que cumpla a cabalidad su compromiso contractual, entonces es el Estado quien es obligado a recurrir a la rescisión administrativa del contrato por causas imputables al contratista. Por supuesto, todo lo expuesto sobre el tema en el primer capítulo de este trabajo es aplicable al caso, no obstante, resulta indispensable analizar como son normadas estas soluciones para el caso específico del contrato de obra pública. Por lo cual resulta necesario aclarar que en estricto sentido la LOPSRM y el RLOPSRM, sólo regulan dos procedimientos para la terminación anormal de los contratos de obra pública y de servicios relacionados con éstas, que son la rescisión administrativa de los contratos y la terminación anticipada de los mismos, por tanto, me constreñiré al análisis de los mismos, no sin dejar de señalar las distintas razones por las cuales puede optarse la tramitación de cualquiera de ellos.

4.11.1.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONTRATISTA MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESCISIÓN.

Como ya fue expuesto en el primer capítulo de este trabajo, las soluciones doctrinales y legales a cerca del procedimiento a seguir en el caso de incumplimiento del contratista a sus obligaciones, distan mucho de ser únicas o dicho de otro modo no existe unanimidad de criterios sobre cual es el procedimiento a seguir en estos casos, por tanto, los distintos autores analizan desde la caducidad del contrato, la resolución, la terminación, hasta la solución que ha ganado más adeptos, que es la rescisión del contrato. Como ya fue expuesto, en el caso de Argentina la ley que regula el procedimiento administrativo público establece que es procedente substanciar un procedimiento de caducidad del contrato ante el incumplimiento del contratista, sin embargo, la mayoría de la doctrina imperante en ese país, además de la legislación especial aplicable al contrato de obra

pública, se inclina porque la terminación del contrato ante el incumplimiento del contratista sea a través del procedimiento administrativo de rescisión, tal como lo exponen los autores Bezzi⁶⁴⁴, Fiorini⁶⁴⁵, Escola⁶⁴⁶ y Dromi⁶⁴⁷. En el caso de España, la anterior Ley de Contratos de Estado de 1965, establecía que los contratos administrativos y en especial el de obra pública, ante el incumplimiento del contratista, debían darse por terminados mediante el procedimiento administrativo de rescisión de contrato, sin embargo, la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 13/1995, del 18 de mayo de 1995, establece que en tal supuesto los contratos deben ser terminados mediante el procedimiento administrativo de resolución del contrato, por lo que en este caso se usa una terminología propia de la legislación civil, por ello, autores tales como García de Enterría y Fernández⁶⁴⁸, Parada, y Colmenar Luis y Colmenares Soto, se refieren a dicho procedimiento administrativo de terminación. Para el caso de los autores mexicanos, en general se hace referencia a la rescisión del contrato, tal es el caso de lo expuesto por Acosta Romero⁶⁴⁹, Serra Rojas⁶⁵⁰, Fernández Ruiz⁶⁵¹, Canals Arenas⁶⁵² y Martínez Alfaro⁶⁵³, sin embargo, no puede pasarse por alto que existe gran diferencia de criterio entre dichos autores, ya que si bien la mayoría habla de la rescisión del contrato administrativo de obra pública, como una de formas del poder sancionador el Estado frente al particular que ha incumplido con sus obligaciones, también se menciona la revocación de los contratos y la resolución de los mismos.

En mi caso particular, como lo expuse en el primer capítulo de este trabajo, me inclino por el uso del procedimiento administrativo de rescisión del contrato de obra pública, como una expresión del poder sancionador del Estado y desecho las posturas que pretenden el uso de las formas y acciones que en derecho civil se usan para dar por terminado un contrato ante el incumplimiento de la contraparte y por supuesto no estoy de acuerdo con la revocación de los contratos, por las ya expuestas, ya que difícilmente esta figura puede explicar como es que un acto propio para dejar sin efectos jurídicos las decisiones

⁶⁴⁴ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 311 a 320 y 327 a 345.

⁶⁴⁵ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 718 a 725.

⁶⁴⁶ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 786 a 789.

⁶⁴⁷ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 358 a 362.

⁶⁴⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 743 a 746.

⁶⁴⁹ Acosta Romero, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Op. Cit. Pág. 658.

⁶⁵⁰ Serra Rojas, Andrés, Op. Cit. Págs. 653, 654, 657 y 693.

⁶⁵¹ Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. Págs. 300 y 301.

⁶⁵² Canals Arenas, Jorge Ricardo, Op. Cit. Págs. 199 a 202 y 211 a 215.

⁶⁵³ Martínez Alfaro, Joaquín, Op. Cit. Págs. 83 a 98 y 135.

propias, expresadas en actos administrativos, puede dejar sin efectos no sólo la voluntad de una de las partes sino el acuerdo de dos voluntades, para cuya formación se siguió todo un procedimiento administrativo especial, ya que simplemente no resulta lógico que un acto como la revocación pueda dejar sin efectos un contrato, en realidad dicho procedimiento deja más dudas que respuestas.

Como fue expuesto anteriormente, el Estado posee como resultado del principio de dirección y control de los contratos administrativos la potestad sancionadora, que tiene tres vertientes o clases de sanciones, las pecuniarias, las coercitivas y la rescisoria. De las dos primeras ya expuse lo inherente a su regulación, y dejé pendiente la sanción rescisoria, para analizarla en este punto. Dicha potestad, está regulada por los artículos 51, fracción III, 61, 62, 63, de la LOPSRM y 16, fracción II, 56, 98, 124 a 134, 136 y 222 del RLOPSRM.

Procedimiento administrativo de rescisión.- Al igual que todos los procedimientos especiales condicionados por su objeto, a este procedimiento le son aplicables todos los principios que específicamente lo regulan, pero además le resultan adaptables los del procedimiento administrativo, en lo que no se opongan a los primeros, al respecto González Pérez⁶⁵⁴, retomando lo expuesto por Cassagne⁶⁵⁵, señala "Por ello, mejor que hablar de principios del ordenamiento administrativo debe hablarse de los principios generales del derecho en el procedimiento administrativo..." Posteriormente describe todos y cada uno de los principios generales del derecho que son aplicables al procedimiento administrativo en general.

La regulación del procedimiento en comento, en realidad resulta por demás escueta, consta de cuatro etapas la de intimación al cumplimiento, la incoación del procedimiento, la de contestación y ofrecimiento de pruebas y la de resolución o determinación.

En la primera etapa fase previa al procedimiento, presuntamente deben existir ciertas conductas del contratista que implican el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, tales como no iniciar los trabajos dentro de los quince días siguientes a la

⁶⁵⁴ González Pérez, Jesús, Op. Cit. Págs. 11 a 21.

⁶⁵⁵ Cassagne, Juan Carlos, Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992. Págs. 81 a 99.

fecha convenida, interrupción injustificada de la ejecución de los trabajos, negativa a reparar o reponer trabajos mal ejecutados, ejecución de los trabajos en contravención a lo estipulado, no acatar las órdenes del residente de obra, el incumplimiento al programa de ejecución de los trabajos con atrasos significativos, la declaración del contratista en quiebra o concurso mercantil, la subcontratación de partes de obra o la cesión de los derechos de cobro del contrato sin autorización previa, realizar actos u omisiones que impidan el ejercicio de las facultades de intervención, inspección, vigilancia y supervisión de los trabajos, el cambio de nacionalidad del contratista, en caso de haberse estipulado, la invocación de la protección contractual por un gobierno extranjero, entre otras, como la muerte del contratista en caso de ser persona física, o la pérdida de la idoneidad técnica o financiera para cumplir con el contrato.

Sin embargo, la existencia de dichas conductas u omisiones, en principio no son motivo para que el ente contratante proceda de inmediato a iniciar el procedimiento de rescisión del contrato, salvo algunos casos, en que ello no es posible, deben existir requerimientos o intimaciones por escrito, exigiendo al contratista que cese las actividades u omisiones que son causales de rescisión del contrato y se constriña a su cumplimiento, para lo cual también es necesaria la aplicación de las sanciones pecuniarias como son las multas y las penas convencionales, y sólo en el supuesto de que exista tal inmoralidad del contratista que pese a dichas acciones persista en su incumplimiento al contrato, el órgano estatal contratante podrá incoar el procedimiento de rescisión.

La segunda etapa del procedimiento, inicia cuando el ente estatal contratante ha determinado que existe un incumplimiento grave por parte del contratista y que la única opción que le queda es dar por terminada la relación contractual y para ello, debe iniciar el procedimiento de rescisión, informando al contratista de las causas que motivan el procedimiento y por supuesto de sus fundamentos legales y desde luego los pactos contractuales que específicamente han sido incumplidos, otorgándole el derecho de audiencia para que en un plazo máximo de quince hábiles, exponga por escrito lo que a su derecho convenga, en su caso, aporte las pruebas que considere convenientes.

En el mismo oficio con que se inicie el procedimiento, el ente contratante del Estado debe tomar diversas medidas de carácter precautorio, cautelar o preventivo. En primer lugar, debe ordenar que se suspendan todos los pagos de anticipos y certificaciones o

estimaciones de obra que por concepto de trabajos ejecutados se encuentren en trámite de pago, procediendo a su retención, la cual persistirá hasta el momento en que se emita el finiquito que en derecho proceda, por tanto, en este caso no procede bajo ningún argumento o excusa la posibilidad de que el Estado pague al contratista gastos financieros por el tiempo que dure dicha retención de pagos.

Como una segunda medida precautoria, la norma establece que es obligación del contratista entregar al ente estatal contratante toda la documentación que le hubiere sido entregada para la realización de los trabajos, contando para ello con un plazo de diez días naturales, sin embargo, la norma es omisa en cuanto a establecer las multas o sanciones a que ser hará acreedor el contratista en el supuesto de que no cumpla con esta obligación, por tanto, resulta conveniente que en los contratos se establezca una pena convencional para sancionar dicho incumplimiento. Igualmente la norma resulta omisa en cuanto a señalar que es obligación del órgano estatal contratante requerir la entrega de dicha información en el escrito por el que se inicia el procedimiento.

Como una tercera medida cautelar, ya sea en el mismo oficio con el que se da inicio al procedimiento administrativo de rescisión o en uno posterior, debe tomar posesión del o los inmuebles en que se estuvieren realizando los trabajos y, en su caso, de las instalaciones respectivas, para ello, deberá ordenar el levantamiento de una acta circunstanciada en la que se establezca el estado que guarde la obra en ese momento, por tanto, es muy importante que los órganos estatales que carezcan del carácter de autoridad, instrumenten dicho documento ante la presencia de un fedatario público. En la norma se establecen los requisitos mínimos que debe contener dicha acta, la cual debe su adjetivo calificativo de circunstanciada, a la necesidad de detallar o pormenorizar el estado en que se encuentre la obra al momento en que esta deja de estar en posesión del contratista y pasa a posesión del ente contratante ya citado.

Un tanto fuera de lugar, en el mismo artículo en que el reglamento determina los requisitos mínimos que debe cumplir del acta en comento, para tener validez plena, se establece la prohibición de que la determinación de dar por rescindido un contrato, no puede ser revocada o modificada por quien la emita, lo cual es un yerro normativo, pues lo propio debió ser incluir tal prohibición en el artículo anterior que es el que trata lo atinente a la emisión de la resolución de dicho procedimiento.

La tercera etapa del procedimiento, consiste en el período otorgado al contratista para ejercer su derecho de audiencia, es decir, ser oído y vencido en un procedimiento en el que le sean respetadas las garantías mínimas que para el caso establece la Carta Magna, por ello, esta etapa resulta fundamental. Durante los quince días hábiles siguientes a aquel en que el contratista haya sido notificado de la iniciación del procedimiento de referencia, este debe dar respuesta puntual a todas y cada una de las imputaciones de incumplimiento contractual que se le hubieren hecho, aportado las pruebas necesarias para demostrar todas y cada una de sus afirmaciones. Sin embargo, puede darse el caso de que esto no acontezca y que el contratista se abstenga de emitir cualquier respuesta.

La cuarta y última etapa de este procedimiento es la determinación o resolución, que debe emitir el órgano estatal contratante, la cual debe ser debidamente notificada al contratista de que se trate. El plazo con que cuenta el ente estatal para emitirla y notificarla, es de quince días hábiles siguientes a los otorgados al contratista para que ejerza el derecho de audiencia. La determinación final deberá conformarse con el análisis de los argumentos y elementos de prueba aportados por la contratista y los expuestos por el propio ente contratante, o en caso de silencio de éste con los que el ente estatal haya aportado en el escrito de inicio del procedimiento, en ambos casos el órgano del Estado correspondiente, deberá valor las pruebas y argumentos ofrecidos o de que disponga para efecto de emitir la resolución que en derecho proceda, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada. En ella se determinará si el contrato continúa vigente o si se ha determinado rescindirlo dejándolo sin efectos jurídicos.

Siendo el caso de que la resolución en el procedimiento, determine la rescisión del contrato, esta decisión tiene diversos efectos, el primero de ellos es que a partir del momento en que es notificada la resolución o determinación tomada por el órgano estatal contratante, debe formularse el finiquito del contrato, para lo cual se cuenta con un plazo máximo de treinta días naturales, debiendo seguirse la metodología ya indicada al tratar lo relativo a la terminación del contrato por cumplimiento del mismo, sin embargo, como es natural al no tratarse de un finiquito normal, por no estar terminada la obra, lo natural es que existan saldos y adeudos pendientes entre las partes, mismos que podrán ser motivo de conciliación entre ellas, además, los entes estatales contratantes quedan facultados para determinar la factibilidad de incluir en dicho finiquito, los diversos créditos existentes,

en favor de la contratista, como lo son los materiales y equipos que se encuentren en el sitio de la obra, o bien que se encontraran en proceso de adquisición o fabricación, siempre y cuando cumplan con las normas de construcción generales o particulares de construcción que correspondan, así como con las normas de calidad que sean aplicables, reconociendo exclusivamente los precios de adquisición o compra establecidos en los precios unitarios o bien los de mercado, entendiéndose por estos los que se hayan estipulado entre el contratista y los fabricantes o proveedores; asimismo han de reconocerse los anticipos que hasta esa fecha hayan sido amortizados, y los que hayan sido otorgados a los proveedores y fabricantes de materiales y equipos de instalación permanente, y los pagos que hayan quedado suspendidos.

Otro aspecto de este finiquito, es distinguir e identificar plenamente los materiales y equipos que hayan sido suministrados por el ente estatal contratante, después determinar si al momento de la rescisión administrativa del contrato, ya habían sido instalados o no, y en este último caso, establecer su ubicación para su recuperación, y en el supuesto de que esto no sea posible, por cualquier causa imputable al contratista, establecer los cargos que la misma a de cubrir para sufragar su nueva adquisición.

Por último, como parte de dicho finiquito, ha de incluirse el sobre costo de los trabajos que se encuentren atrasados conforme al programa general de ejecución de los trabajos que se encuentre vigente entre las partes, el cual es considerado como la diferencia existente entre el importe que le representaría al órgano del Estado concluir la obra con otro contratista, y el costo de la obra pendiente de ejecutar al rescindirse el contrato. Para la determinación de dicho importe, se establecen dos procedimientos, primero la cantidad que resulte de la diferencia existente entre el precio de la siguiente propuesta solvente más baja en la licitación correspondiente y el importe de la obra no ejecutada conforme al programa general de ejecución vigente entre las partes, aplicando a la primera los ajustes de costos que procedan. En el supuesto de que no exista otra propuesta solvente en el procedimiento licitatorio, el sobre costo debe reflejar el impacto inflacionario en el costo de la obra no ejecutada conforme al programa vigente, el cual ha de calcularse aplicando el procedimiento de ajuste de costos que se haya pactado en el contrato, aplicando un diez por ciento de los trabajos pendientes de ejecutar.

Es importante destacar que dicho sobre costo de la obra, en estricto sentido, es una determinación de los daños causados al Estado por el incumplimiento del contrato, ya que en principio resulta casi imposible determinar los perjuicios que ello le ocasiona, pues las más de las veces, éstos resultan ilimitados, pues difícilmente pueden evaluarse los beneficios que en su caso se hubieran logrado, para el interés público, en caso de que una obra pública se termine y ponga en operación en los plazos originalmente previstos.

En consideración a lo anterior es que la norma determina que dicho sobre costo debe ser independiente de las penas convencionales aplicadas por el incumplimiento y del depósito en garantía de cumplimiento representado por la fianza de cumplimiento de contrato, la cual, no es resultado del establecimiento de una cláusula penal, sino una sanción administrativa por incumplimiento de contrato, que lejos está de cubrir los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de un contrato que tenía por objeto realizar una obra para realizar el interés público, por tanto, resulta trascendente, que en el procedimiento para hacer efectivas dichas garantías se eviten las remisiones normativas a lo establecido en el Código Civil Federal en relación con la citada cláusula penal, ya que lo garantizado por la fianza de cumplimiento de contrato, es el pago de una sanción administrativa por incumplimiento de contrato y no los daños y perjuicios que al Estado le ha causado dicho incumplimiento, ya que en principio estos resultan inconmensurables.

Un aspecto muy discutido en muchas oportunidades, es si este procedimiento administrativo de rescisión resulta legal o no, o si además de su substanciación en sede administrativa requiere de la conformación del acto por la autoridad judicial competente, al respecto, hoy en día el artículo 125 del RLOPSRM, establece con claridad que dicho procedimiento opera de pleno derecho y no requiere de ningún tipo de conformación o respaldo por parte de la autoridad judicial, misma que ya se había pronunciado en ese sentido en diversas tesis aisladas en las que fue necesario que expresara que dicho procedimiento no es violatorio de algunas garantías individuales como la de acceso a la administración de justicia, la de audiencia, la del debido proceso legal, autocomposición de los conflictos, que los órganos estatales contratantes no se constituyen en tribunales especiales de los prohibidos por la Constitución, que las leyes que lo han previsto no son de carácter privativo, pues no han sido dirigidas a ningún individuo en lo particular, e incluso que el uso de dicha facultad rescisoria es potestativo para los distintos órganos integrantes del Estado y que dicha facultad es un privilegio especial del cual han sido

dotados los distintos entes estatales en ejercicio de la función administrativa según lo expuesto en este trabajo, mismas que a continuación reproduzco:

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 40, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), QUE FACULTA A LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES PARA RESCINDIRLOS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Al establecer el mencionado precepto que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista, no contraviene la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia prevista en el artículo 17 de la Constitución Federal. Ello es así, porque, por un lado, la citada potestad rescisoria es una atribución exclusiva de las entidades y dependencias públicas que ha sido reconocida como un privilegio especial de los órganos de la administración pública, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan, y que se encuentra plenamente justificada por la circunstancia de que si en el ámbito civil, donde prevalece el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a ese régimen pueden, bajo determinadas condiciones, rescindir motu proprio los contratos bilaterales en que intervengan, sin necesidad de acudir a los tribunales, es inconcuso que tratándose de la esfera administrativa, en la cual imperan razones vinculadas al interés general, esa misma facultad pueda ser ejercida por los órganos de autoridad, cuando celebren contratos con particulares, pues con ello la administración pública persigue la posibilidad de actuar con mayor oportunidad y eficiencia; y, por el otro, el particular afectado, titular del derecho constitucional de acceso a la administración de la justicia impartida por los tribunales dispone de los instrumentos procesales previstos en la ley mediante los cuales puede impugnar oficiosamente el acto jurídico-administrativo de la rescisión contractual, esto es, puede promover en contra de la entidad o dependencia que decretó la rescisión un juicio ordinario administrativo federal ante un Juez de Distrito, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Además, ni en el precepto constitucional citado ni en algún otro de la Carta Magna se señala que la rescisión de un contrato administrativo sólo pueda decretarse por un tribunal judicial o administrativo.

Amparo en revisión 159/2000. Kryside, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Junio de 2001. Tesis: 1a. XLVIII/2001. Página: 233.”

“INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO. LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA QUE DECLARE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), TIENE EL CARÁCTER DE ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. XXVII/97, de rubro: "AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PÚBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURÍDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO.", precisó el concepto de autoridad para los efectos del amparo, reconociendo ese carácter al órgano que con fundamento en una norma legal puede emitir actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado; es decir, ejercen facultades de decisión reconocidas en la ley, por lo cual constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable, lo que se traduce en auténticos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la causa de ese imperio. Por tanto, debe concluirse que la rescisión del contrato administrativo por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado es, precisamente, un acto jurídico unilateral emitido con fundamento en lo previsto en el artículo 40, primer párrafo, de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, a través del cual extinguió, motu proprio, una relación contractual en que era parte un particular, el cual afectó su esfera jurídica, pues la administración pública tiene la facultad de hacer efectiva la garantía otorgada, como consecuencia legal de esa rescisión. Además, la rescisión la decretó un órgano que forma parte de la estructura orgánica de la entidad contratante, sin acudir a los tribunales judiciales o administrativos, ni con el consenso de la voluntad del afectado. Ahora bien, en congruencia con lo anterior y tomando en consideración que la rescisión no es una facultad unilateral que fue invocada por la entidad contratante sólo porque fue convenido en esos términos en el contrato, sino que su base fundamental radica en que dicha facultad está establecida en el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas para que la invoquen exclusivamente órganos de la administración pública, resulta inconcuso que el mencionado instituto tiene el carácter de autoridad y la facultad rescisoria que ejerció deriva directamente de la ley.

Amparo en revisión 159/2000. Krysde, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Nota: La tesis P. XXVII/97 citada, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 118.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Junio de 2001. Tesis: 1a. LII/2001. Página: 240."

“OBRAS PÚBLICAS. LOS ARTÍCULOS 40 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS Y 52, FRACCIÓN II, DE SU REGLAMENTO, QUE FACULTAN A LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL PARA DECLARAR LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS RELATIVOS, NO VIOLAN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Los artículos 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, y 52, fracción II, del Reglamento de la Ley de Obras Públicas no violan los artículos 14 y 17 constitucionales por facultar a las dependencias o entidades de la administración pública para declarar por sí mismas la rescisión de los contratos administrativos que hayan celebrado con particulares, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista, ya que la potestad rescisoria ha sido reconocida como un privilegio de los órganos de dicha administración que, dada su naturaleza, los coloca en una situación de ventaja respecto de los particulares que con ella contratan y en la medida que ni en las normas supremas citadas ni en alguna otra de la propia Constitución Federal dispone que la rescisión de un contrato administrativo sólo pueda decretarse por un tribunal judicial o administrativo. Ahora bien, la facultad rescisoria aludida se justifica, en virtud de que si en el ámbito civil, donde prevalece como regla general el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a este régimen pueden, bajo determinadas condiciones, rescindir motu proprio los contratos bilaterales en que intervengan, sin necesidad de acudir a los tribunales, es lógico que en la esfera administrativa, en la que imperan razones vinculadas con el interés general, esa misma facultad la pueda ejercer la autoridad administrativa cuando persigue una actuación más oportuna y eficiente de la administración pública ante circunstancias que hacen patente la necesidad de salvaguardar el interés público o de evitar su detrimento. Además, la potestad de rescisión referida no priva ni restringe al particular del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia impartida por los tribunales, pues de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 de la ley citada y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ese acto administrativo de autoridad es impugnabile dentro de la jurisdicción ordinaria administrativa del orden federal que compete a los Jueces de Distrito y, por tal motivo, tampoco se infringe la garantía de audiencia, en tanto que en el juicio ordinario correspondiente el particular puede hacer uso del cúmulo de derechos procesales fundamentales o secundarios que se prevén para defender sus derechos y, asimismo, el artículo 92 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas prevé un procedimiento previo a la rescisión administrativa de contratos, en el que se cumplen las formalidades esenciales del mismo.

Amparo en revisión 225/99. Constructora Real del Centro, S.A. de C.V. 17 de noviembre del año 2000. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Febrero de 2001. Tesis: 2a. IV/2001. Página: 292.”

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 40, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), QUE FACULTA A LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL PARA DECLARAR SU RESCISIÓN, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El referido precepto que establece que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista, no transgrede la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal. Lo anterior es así, porque, por un lado, el mencionado acto administrativo de autoridad es impugnabile dentro de la jurisdicción ordinaria administrativa del orden federal que compete a los Jueces de Distrito y, por tanto, el particular puede hacer uso del cúmulo de derechos procesales fundamentales o secundarios que se prevén para defender sus derechos; y, por el otro, a través del procedimiento contenido en el artículo 92 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, aplicable a las rescisiones administrativas que llevan a cabo las citadas entidades, se da cumplimiento a las formalidades esenciales del procedimiento, en virtud de que al particular contratante se le reconoce expresamente el derecho de que se le comuniquen por escrito los hechos motivo de inicio del procedimiento de rescisión, de que exponga lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que estime pertinentes dentro de un término que no será menor de diez días hábiles, y a que se dicte la resolución debidamente fundada y motivada, la cual deberá comunicarse por escrito.

Amparo en revisión 159/2000. Krysde, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Junio de 2001. Tesis: 1a. XLIX/2001. Página: 232.”

“DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA FACULTAD RESCISORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 40, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), NO LES OTORGA LA CALIDAD DE TRIBUNALES ESPECIALES PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se toma en cuenta que los tribunales especiales prohibidos por el citado precepto constitucional son aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que, una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen, esto es, no son creados por la ley con carácter permanente ni han sido establecidos previamente a que ocurran los hechos materia de su competencia, resulta inconcuso que la facultad rescisoria a que alude el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no otorga a las dependencias y entidades de la administración pública la calidad de tribunales

especiales. Ello es así, porque dichas entidades, al rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista, sólo emiten un acto administrativo, sin que se constituyan en un tribunal, pues el diverso artículo 15 de la propia ley, expresamente señala que las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esa ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltos por los tribunales federales.

Amparo en revisión 159/2000. Kryside, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Junio de 2001. Tesis: 1a. L/2001. Página: 235.”

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA PÚBLICA. EL ARTÍCULO 40, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS (ABROGADA POR EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 4 DE ENERO DE 2000), QUE FACULTA A LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES PARA RESCINDIRLOS, NO ES UNA LEY PRIVATIVA. Si se toma en consideración que conforme al criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis jurisprudenciales, una ley es privativa cuando se dirige a un individuo o individuos en lo particular y, por lo mismo, no sobrevive a su aplicación, es decir, está dirigida a determinada persona, se aplica a un caso previsto y determinado con anterioridad, rige en un caso específico y para cierto individuo, o bien, para un grupo de personas individualmente determinado, y una vez que cumple su cometido desaparece por haberse extinguido el objeto para el que fue creada, es inconcuso que el artículo 40, primer párrafo de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que establece que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista, no es una ley privativa. Lo anterior es así, en virtud de que dicho precepto establece supuestos normativos que se aplican a todos los gobernados que se encuentren en la situación de realizar un contrato de obra pública con las entidades y dependencias señaladas en el artículo 1o. de esa ley, y que no desaparecen con su aplicación a un caso.

Amparo en revisión 159/2000. Kryside, S.A. de C.V. 10 de enero de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo: XIII, Junio de 2001. Tesis: 1a. LI/2001. Página: 231.”

“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISIÓN DE LOS. POTESTAD QUE DERIVA DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DE OBRAS PUBLICAS. Si bien es verdad que la jurisprudencia definida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que sólo los tribunales de justicia pueden declarar la rescisión de los contratos administrativos celebrados por los particulares con los organismos públicos descentralizados del Estado,

mediante la tramitación del juicio correspondiente, también lo es que esto es así, cuando las autoridades contratantes no se han arrogado las facultades que les otorga el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas, de poder rescindir unilateralmente los contratos de obras públicas por incumplimiento de los contratistas o por causas de interés general; pues en tal evento, se colige que han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles, no siendo así, es evidente que el contratante perjudicado no puede invocar la lesión de sus derechos porque la autoridad rescinda el contrato sin forma de juicio y deje de observar los principios generales del Derecho civil sobre el particular.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 98/90. Parel Construcciones, S.A. 29 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Miguel Angel Castañeda Niebla.

Nota: Por ejecutoria de fecha 20 de febrero de 2002, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 101/2001 en que había participado el presente criterio.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo: V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990. Página: 149."

Por otra parte, es de considerarse que existiendo conflicto jurídico entre las partes, con motivo del incumplimiento del órgano estatal contratante, la primera vía que debe seguir el contratista es la presentación de una queja ante la Secretaría de la Función Pública, en los términos de lo previsto por los artículos 89 a 91 de la LOPSRM y 221 a 230 del RLOPSRM, a efecto de que dicha autoridad pueda establecer los puntos de controversia e inste a las partes a conciliar sus intereses, sin embargo, es necesario tener presente que la presentación de la queja de mérito no suspende los efectos jurídicos del contrato y los actos derivados del mismo, por lo que salvo la existencia de acuerdo expreso entre las partes en contrario, en estricto apego al principio de continuidad de los contratos administrativos, la obra debe seguir ejecutándose hasta su total terminación.

La queja debe cumplir con los requisitos mínimos procedimentales establecidos en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Una vez recibida, se correrá traslado de la misma al ente estatal contratante, para efecto de que en un plazo máximo de diez hábiles presente una respuesta puntual a los puntos contenidos en el escrito de queja del contratista, anexando la documentación relacionada con los mismos, y en el propio acuerdo que admita a trámite la queja, se establecerá lugar fecha y hora para que tenga verificativo la primera audiencia de conciliación, pudiéndose celebrar todas las que sean

necesarias sin que se rebase el plazo de sesenta días hábiles. Sin embargo, el procedimiento no es obligatorio, ya que cualquiera de las partes puede negarse a continuar con el mismo, dejando a salvo los derechos de la otra para hacerlos valer ante la autoridad judicial. No obstante lo anterior, es común ver que los conflictos contractuales sean resueltos porque las partes contratantes lleguen a un acuerdo respecto de los puntos controvertidos y se celebre un convenio que obligue a las partes, el cual es susceptible de hacerse ejecutar ante la autoridad judicial. Un aspecto importante de estos procedimientos de conciliación es que no son procedentes en los casos en que ya se haya determinado la rescisión administrativa del contrato, o bien, hubiese existido algún punto controvertido entre las partes que haya sido motivo de dicho procedimiento con anterioridad, sin que existiere acuerdo entre las partes.

Por último, resulta indispensable señalar que también el contratista tiene derecho a solicitar la rescisión del contrato por incumplimiento del órgano estatal contratante, sin embargo, a diferencia de lo que acontece con en el caso ya analizado, que el procedimiento es de carácter administrativo y se substancia en sede administrativa, el particular contratista, debe acudir a la sede judicial competente, para obtener de dicha autoridad, la declaración de rescisión judicial, debiendo en tal supuesto, sujetarse el ente estatal contratante a lo que determine la autoridad judicial en cada caso. Es necesario comentar que esto último resulta poco frecuente, ya que en general los contratistas particulares evitan bajo cualquier medio entrar en conflicto judicial con el Estado, pues como se ha dicho, en la adjudicación de los contratos existe un sistema de connivencia entre servidores públicos y contratistas que daría lugar a que la empresa demandante difícilmente vuelva a celebrar contrato con el ente estatal demandado.

De cualquier modo, es necesario señalar que en muchas ocasiones el órgano del Estado que ha celebrado un contrato de obra pública, incumple con ciertas obligaciones que a su vez impiden al contratista el cumplimiento de las propias tales como la falta de pago de los certificados o estimaciones de obra ejecutada, el atraso u omisión en la entrega de planos, especificaciones generales o particulares de construcción, normas de calidad de materiales y equipos de instalación permanente, además de omisiones en el replanteo de la obra, consistente en la omisión en la entrega del o los inmuebles o de las áreas de trabajo, al igual que en el caso de la falta, u omisión en la entrega oportuna de materiales y equipos de instalación permanente, de licencias, y permisos de construcción, que deba

proporcionar o suministrar el ente estatal contratante, así como en los casos en que este último hubiere ordenado la suspensión parcial o total de los trabajos.

Sin embargo, el fundamental de todos estos incumplimientos, es que no sean parciales y momentáneos, ya que en tal supuesto, sólo existirán atrasos no imputables a la contratista los cuales en los términos de los artículos 98, tercer párrafo y 127, fracción IV, segundo párrafo, del RLOPSRM, tales circunstancias que motiven el atraso en el cumplimiento del contrato no serán motivo para iniciar un procedimiento administrativo en contra del contratista, siempre y cuando dichos atrasos y causas de los mismos estén debidamente documentados y se haya dado cuenta de ellos mediante anotaciones en la bitácora de obra.

En apego al principio de continuidad de los contratos administrativos, en principio, los contratistas no están facultados para oponer al Estado las *exceptio non adimpleti contractus* y *non rite adimpleti contractus*, sin embargo, como ya se dijo la misma norma si establece esa posibilidad, por tanto, una excepción a dicho principio, al igual que en los casos de falta de entrega del inmueble y atraso o falta de entrega del anticipo, sin embargo, una vez iniciado el contrato, no debe suspenderse la ejecución de los trabajos, salvo que los incumplimientos por parte de la administración, imposibiliten de manera definitiva la ejecución de los trabajos, punto en el que existe unanimidad de criterio en la doctrina administrativa, como puede corroborarse de lo expuesto por autores como Bezzi⁶⁵⁶, Fiorini⁶⁵⁷, Escola⁶⁵⁸, Dromi⁶⁵⁹, Parada⁶⁶⁰, y García de Enterría y Fernández⁶⁶¹, lo cual ha de ser acreditado fehacientemente ante la autoridad judicial, ya que en caso contrario el contratista habrá incurrido en una causal de rescisión de contrato.

También es de mencionarse que existe la tesis de que en el caso de la rescisión promovida por el contratista, esta pueda substanciarse también en sede administrativa, pero la tesis imperante es que se trate de un proceso de carácter judicial. Igualmente, es de considerarse que la doctrina considera que lo procedente en dichos casos será una indemnización integral al contratista, esto es que considere el daño emergente y el lucro

⁶⁵⁶ Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 304 a 309 y 320 a 325.

⁶⁵⁷ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Págs. 725 a 728.

⁶⁵⁸ Escola, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 786 y 787.

⁶⁵⁹ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 362 a 364.

⁶⁶⁰ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 361.

⁶⁶¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 746 a 750.

cesante, sin embargo, nuestra legislación sólo considera el pago de los gastos no recuperables en que haya incurrido la contratista, aunque también señala que los órganos estatales contratantes, en tal supuesto se sujetarán a lo determinen los órganos jurisdiccionales. Al respecto, es de considerarse lo determinado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de cual será el órgano jurisdiccional competente para conocer de ese tipo de conflictos, en la tesis que a continuación reproduzco:

“COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL QUE SE EJERCEN ACCIONES CON MOTIVO DE LA RESCISIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO DE OBRA PUBLICA. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL. En un juicio promovido en la vía ordinaria civil federal, en el que se intentan acciones de igual naturaleza, por estimar el actor que el organismo demandado celebró el contrato de obra pública rescindido, en su carácter de sujeto de derecho privado, la competencia para conocer del mismo debe determinarse atendiendo a la naturaleza de la vía y de las acciones hechas valer. Lo anterior es así, porque una resolución en la que se dirime un conflicto competencial, única y exclusivamente tiene por objeto determinar cuál autoridad jurisdiccional debe resolver sobre la procedencia o improcedencia de la vía y de las acciones intentadas, así como, en su caso, sobre la validez de la pretensión deducida.

Competencia 277/93. Suscitada entre el Juez Quinto de Distrito en Materia Civil y el juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de quince votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Jorge Higuera Corona.

Competencia 38/75. Suscitada entre el Juez Segundo de Distrito en Materia Civil y el juez Primero de Distrito en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 17 de junio de 1993. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Miguel Montes García. Secretaria: Xóchitl Guido Guzmán.

Competencia 44/92. Suscitada entre el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil y el Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa, ambos en el Distrito Federal. 17 de junio de 1993. Mayoría de dieciocho votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ethel Lizette del C. Rodríguez Arcovedo.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes veinte de septiembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores Ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, Diego Valadés Ríos, Miguel Montes García, Carlos Sempé Minvielle, Noé Castañón León, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Clementina Gil de Lester, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número XLV/94, la tesis que antecede; y determinó que las votaciones son idóneas para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Felipe López Contreras, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez y Atanasio

González Martínez. México, Distrito Federal, a veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo: 81, Septiembre de 1994. Tesis: P. XLV/94. Página: 43.”

Es necesario señalar que las decisiones emitidas por el Estado en los procedimientos administrativos de rescisión, son susceptibles de revisión ante el poder judicial, por ello, los particulares tienen derecho a solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto administrativo por el que se pone fin a un contrato de obra pública, cuando éste es emitido con motivo de la substanciación del citado procedimiento, tal como lo ha sustentado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial que a continuación cito:

“CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. Tomando en consideración que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como en una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de esa materia, como lo son la citada Ley de Obras Públicas y su Reglamento, resulta competente para conocer del juicio administrativo federal iniciado por el particular en contra de la autoridad emisora del acto, el juez de Distrito en Materia Administrativa respectivo, pues concurren los requisitos que el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación exige para que se actualice dicha hipótesis competencial, consistente en la existencia de una controversia suscitada con motivo de la aplicación de una ley federal, en la que deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad de naturaleza administrativa.

Competencia 144/90. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Cuarto en Materia Civil y Segundo en Materia Administrativa ambos en el Distrito Federal. 18 de agosto de 1993. Mayoría de catorce votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Daniel Patiño Pereznegrón.

Competencia 14/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Tercero en Materia Civil ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé.

Competencia 51/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Segundo en Materia Civil y Cuarto en Materia Administrativa ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de diecisiete votos. Ponente: Noé Castañón León. Secretario: Luis Ignacio Rosas González.

Competencia 53/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Primero en Materia Administrativa y Segundo en Materia Civil ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de dieciséis votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María del Rosario Parada Ruiz.

Competencia 104/93. Suscitada entre los Juzgados de Distrito Quinto en Materia Civil y Sexto en Materia Administrativa ambos en el Distrito Federal. 11 de abril de 1994. Mayoría de quince votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretario: Daniel Patiño Pereznegrón.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el miércoles primero de junio en curso, por unanimidad de diecinueve votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, Diego Valadés Ríos, Carlos Sempé Minvielle, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Luis Gutiérrez Vidal, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero: aprobó, con el número 20/1994, la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. El señor Ministro Luis Gutiérrez Vidal integró el Pleno en términos de lo dispuesto en el artículo doce, fracción décima, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y en virtud del Acuerdo Plenario de diez de mayo del año en curso. Ausentes: Victoria Adato Green y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. México, Distrito Federal, a seis de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo: 78, Junio de 1994. Tesis: P./J. 20/94. Página: 18.”

4.11.2.- LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR CAUSA DE INTERÉS PÚBLICO, POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA, POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, O EL HECHO DEL PRÍNCIPE Y EL PACTO COMISORIO.

La legislación vigente sólo prevé otro procedimiento para dar por terminados los contratos de obra pública antes de que se cumpla con el objeto indirecto de estos, esto es, que se termine totalmente la obra, siendo este el procedimiento de terminación anticipada del contrato de obra pública, en el cual la legislación en un esfuerzo sintético ha determinado que diversas razones pueden ser las que lo motiven. La doctrina jurídica en la materia, reconoce la procedencia de una terminación anormal de dicho acuerdo de voluntades por diversas causas, no imputables directamente a las partes o si bien imputables, pero no producto de un acto volitivo, como lo son las razones de interés general, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, el caso fortuito, la fuerza mayor, y el hecho del

príncipe, a las cuales ya me referí genéricamente en el primer capítulo de este trabajo, por lo que en cuanto a los conceptos de dichas causales de este procedimiento, me remito a lo ya expuesto sobre el particular. Consecuentemente en este punto sólo he de referirme a la forma y términos en que el procedimiento de mérito es regulado y a las consecuencias que tiene el que una u otra parte lo incoe.

En cuanto a la procedencia de la terminación del contrato de obra pública por dichas causas, la doctrina en general se refiere a ellas, mencionándolas como causales de rescisión, resolución o revocación del contrato de obra pública, a favor del contratista o bien como la posibilidad de anular el contrato, e incluso se considera como posibilidad el pacto comisorio o mutuo disenso o mutuo acuerdo, en cuyo caso siempre ha de predominar una razón de interés público, además de la suspensión total de los trabajos, en el caso en que no sea posible establecer la temporalidad de esta, tal es el caso de lo expuesto por autores como Bezzi⁶⁶², Fiorini⁶⁶³, Escola⁶⁶⁴, Dromi⁶⁶⁵, Parada⁶⁶⁶, García de Enterría y Fernández⁶⁶⁷.

La terminación anticipada del contrato de obra pública, esta prevista en los artículos 60, segundo párrafo, 62, fracciones III y IV, y 63 de la LOPSRM, además de los artículos 120 a 123 del RLOPSRM. Las normas en cita determinan que este procedimiento es procedente en los casos en que concurran, esto es, sobrevengan, razones de interés general; causas justificadas que impidan la continuación de los trabajos como pueden serlo el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho del príncipe; o se demuestre que de continuarse con la ejecución de los trabajos se causaría un daño o perjuicio grave al Estado, y por supuesto cuando no sea posible establecer cuanto tiempo durará la suspensión total de los trabajos, que con anterioridad se haya decretado. Es de destacarse que coincidiendo con mi opinión respecto de la procedencia del pacto comisorio, en este caso la norma simplemente prohíbe que se utilice este procedimiento cuando se pretenda dar por terminadas las obras por la existencia de un acuerdo mutuo entre las partes, pues se considera que las causales que lo hacen procedente son de carácter extraordinario.

⁶⁶² Bezzi, Osvaldo Máximo, Op. Cit. Págs. 322, 349 a 351.

⁶⁶³ Fiorini, Bartolomé A., Op. Cit. Pág. 727.

⁶⁶⁴ Escola Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Op. Cit. Págs. 786 y 787.

⁶⁶⁵ Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Op. Cit. Pág. 363.

⁶⁶⁶ Parada, Ramón, Op. Cit. Pág. 361.

⁶⁶⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Op. Cit. Págs. 727, 735 a 737, 751 y 752.

En cuanto a la tramitación de este procedimiento, existe gran semejanza con la rescisión administrativa del contrato, pues en estricto sentido se siguen los mismos pasos, lo que varía en este procedimiento son las causales que lo motivan. En principio la gran diferencia estriba en que cuando es un órgano estatal quien inicia el procedimiento, la norma no prevé otorgar el derecho de audiencia a efecto de que el contratista exprese lo que a su derecho convenga en cuanto a la decisión que se pretende tomar. Desde mi punto de vista, esto no debe ser así, los entes estatales deben otorgar dicho derecho, ya que de lo contrario, el procedimiento resultará totalmente contrario a las normas básicas de todo procedimiento, y en estricto sentido no lo sería, pues simplemente se tratará de la emisión de un acto administrativo no sujeto a ningún procedimiento, lo cual no resulta lógico, tratándose de una relación bilateral, por tanto, lo conveniente es que se siga con los mismos pasos que en el caso de la rescisión administrativa del contrato, pues de cualquier manera, como medidas precautorias, el Estado ha de requerir la devolución de toda la información otorgada y el levantamiento del acta circunstanciada correspondiente, cuyos requisitos mínimos de validez están de terminados normativamente.

Siendo el cocontratante del Estado quien promueva el procedimiento, debe incoarlo presentando escrito en que exponga las razones que sustenten su pedimento, aportando las pruebas que estime necesarias, entre las que desde luego han de considerarse las notas de bitácora, en que se haya hecho constar el hecho sobreveniente. El órgano del Estado contará con un plazo de quince días naturales para resolver lo conducente, estableciendo la figura de la afirmativa ficta para el caso de que exista silencio por parte del ente estatal. En caso de negativa, el contratista ha de ocurrir ante la autoridad jurisdiccional competente para obtener la declaración correspondiente.

En cuanto a los derechos del contratista para el caso de que se tramite el procedimiento de mérito, este tiene derecho a que se le paguen todos los trabajos ejecutados hasta el momento en que sean suspendidos los trabajos haya ejecutado, adicionalmente, tendrá derecho al pago de los gastos no recuperables en que haya incurrido, mismos que la norma determina consistirán en tres tipos de gastos una parte de los costos indirectos relativos a gastos no amortizados por concepto de construcción o arrendamiento de oficinas, almacenes, bodegas, campamentos e instalaciones en el sitio de los trabajos y la instalación y montaje de plantas de construcción, talleres y su retiro; así como la parte proporcional que corresponda por concepto de transporte de ida y vuelta de maquinaria y

equipo de construcción, así como los gastos por la expedición de las garantías de cumplimiento que se hayan otorgado; otra parte relativa a los materiales y equipos de instalación permanente que haya adquirido el contratista y que se encuentren en el sitio de la obra, camino a este, terminados o habilitados en los talleres o fabricas correspondientes, siempre y cuando cumplan con las especificaciones generales o particulares de construcción, las normas de calidad y que la cantidad de los mismos sea acorde con las cantidades previstas contractualmente y la tercera es la relativa a la liquidación del personal obrero y administrativo directamente adscrito a la obra, con excepción de los empleados permanentes de la contratista.

De lo anterior se deduce que la indemnización es parcial y no total como lo sostiene en general la doctrina, ya que los denominados gastos no recuperables exclusivamente cubren conceptos relativos a los daños emergentes que le haya ocasionado al contratista la terminación del contrato antes del plazo estipulado, y omite el lucro cesante.

Además de lo anterior, ha de formularse un finiquito del contrato bajo las normas ya señaladas en el caso de terminación normal del contrato, por tanto, me remito a lo expuesto al respecto al tratar de la terminación el contrato por cumplimiento de las obligaciones del contrato, esto es, por terminación de la obra.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

I.- CONCLUSIONES:

Primera.- Después de conocer las opiniones que se han vertido para establecer el criterio distintivo de los contratos administrativos, respecto de los contratos civiles, se llegó a la conclusión de que los contratos administrativos sólo pueden ser celebrados por entes de derecho público en ejercicio de una función administrativa desde el punto vista material u objetivo y sujetándose a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, cuya consecuencia fundamental es que el cocontratante queda en un estado de subordinación jurídica frente al órgano estatal que celebró el contrato; instrumento jurídico que ha de tener como finalidad el logro o la consecución del interés público, el cual, habrá de ajustarse a las circunstancias sociales, políticas, históricas y culturales de un momento histórico determinado, para la sociedad de que se trate, las cuales son determinadas por las normas jurídicas vigentes en cada Estado.

Consecuentemente, puede afirmarse que existen seis caracteres o elementos esenciales de los contratos administrativos, mismos que consisten en que:

- 1.- El contrato debe ser celebrado cuando menos por un órgano del Estado, ya sea que pertenezca al poder ejecutivo, legislativo, judicial o por un órgano con autonomía constitucional y uno o varios cocontratantes.
- 2.- El órgano del Estado que lo celebre, debe encontrarse en ejercicio de la función administrativa, definida ésta desde el punto de vista material u objetivo.
- 3.- El contrato, y por tanto, las partes que en él intervienen, deben estar sujetas a un régimen jurídico que resulta exorbitante respecto del derecho común.
- 4.- El objeto del contrato debe perseguir una finalidad de interés público, ello con independencia de que a su vez cree, modifique, transmita o extinga derechos y obligaciones específicos para las partes.
- 5.- La finalidad de interés público presentará variaciones en su contenido y alcances de conformidad con el estado de que se trate, y el momento histórico a que se haga



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

referencia, por lo que el interés público no es inmutable, presentando variaciones de Estado a Estado y de conformidad con su devenir histórico.

6.- Como resultado de la relación contractual, el cocontratante del órgano estatal siempre se encontrará en una situación de subordinación respecto de su contraparte.

Además de los anteriores caracteres o elementos esenciales, algunos autores distinguen elementos tales como la juridicidad, la bilateralidad y la contractualidad.

Segunda.- Existen siete principios rectores de los contratos administrativos, los cuales permiten establecer que la figura del contrato administrativo ha tenido un desarrollo que permite distinguirlos en forma indubitable de los contratos de Derecho Civil, en razón de que algunos de ellos resultan opuestos a los que rigen a éstos últimos. Dichos principios son conocidos en la doctrina jurídica como:

- A).- Principio de legalidad.
- B).- Principio de continuidad.
- C).- Principio de dirección y control.
- D).- Principio de mutabilidad.
- E).- Principio de mantenimiento de la ecuación económico financiera.
- F).- Potestad sancionadora.
- G).- Facultad de interpretación administrativa de los mismos.

Tercera.- Se concluyó que los contratos administrativos son aquellos acuerdos de voluntades celebrados por órganos estatales en ejercicio de la función administrativa, que tiene por objeto el logro de interés público en forma mediata o inmediata, lo que obliga a que las partes estén sujetas a un régimen jurídico de Derecho Administrativo que garantice que el objeto indirecto perseguido con la celebración de éstos se cumpla, para lo cual el cocontratante del Estado siempre ha de encontrarse subordinado a su contraparte, siendo la naturaleza específica de cada contrato, la que determine la forma, términos e intensidad en que se aplicaran sus principios rectores.

Cuarta.- Los principios de mantenimiento de la ecuación económico financiera y de mutabilidad de los contratos administrativos, son los que establecen las diferencias más importantes con respecto de los contratos civiles, en razón de que en éstos últimos, salvo excepción legislativa vigente, rigen con toda su fuerza el principio de riesgo y ventura, mientras que en los contratos administrativos las áreas de riesgo se han dividido en administrativa, económica y empresaria, estableciéndose que de las dos primeras el responsable de su conservación es el Estado, aún por actos que no le sean propios, que en la legislación común lo excluirían de cualquier responsabilidad como es el caso del caso fortuito o fuerza mayor. Respecto del área de riesgo empresaria también esta ha sido reducida a su mínima expresión mediante técnicas de la ingeniería de costos y del derecho que sólo establecen responsabilidad para el empresario en los casos de negligencia. Respecto de la mutabilidad, ésta se ha admitido como una prerrogativa del Estado en los contratos administrativos en razón de su finalidad de interés público, a través de la cual éste puede imponer al contratista particular las modificaciones que considere necesarias para el logro del interés público, mientras que en los contratos de Derecho Civil rige el principio contrario, los contratos no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes.

Quinta.- Por otra parte, el mantenimiento de la ecuación económico financiera de los contratos administrativos se efectúa fundamentalmente a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuya creación ha de atribuirse a la actividad del Consejo de Estado Francés, sin que pueda establecer que responda al resurgimiento de la llamada cláusula "rebus sic stantibus" pues esta no fue conocida en el derecho de ese país en la época feudal, sin embargo, ambas figuras jurídicas responden a un mismo fin el mantener las condiciones originales de contratación para efecto de que se mantenga la equidad en las prestaciones establecidas por las partes.

En una postura casi unánime la doctrina jurídica ha definido a la teoría de la imprevisión como el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, independientes de la voluntad de las partes, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del cocontratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para

superar la crisis y hacer factible el cumplimiento del contrato, sin resentir ningún riesgo extraordinario. Igualmente, la doctrina considera que la indemnización otorgada al contratista ha de ser integral, incluyendo el lucro cesante y el daño emergente, contrario a lo establecido por el Consejo de Estado Francés, quien sostiene que ha de ser parcial y el contratista ha de participar en los riesgos del área económica del contrato.

Asimismo, la opinión doctrinaria se divide al señalar por una parte, que dicha teoría ha de considerarse como cláusula imbibita en todo contrato administrativo, tal como fue concebida por el Consejo de Estado Francés, pero existe otra corriente doctrinaria con la que se coincide que establece que dicha teoría ha evolucionado para integrarse en los contratos administrativos como la revisión de precios *ex lege*, más comúnmente conocida como ajuste de costos o cláusula de mayores costos.

Sexta.- Del estudio de la potestad sancionadora otorgada al Estado, para inhibir el incumplimiento de los contratos administrativos, se concluyó que en el caso de los contratos administrativos, el derecho y la doctrina jurídica han desarrollado un eficiente sistema de sanciones que se divide en pecuniarias, coercitivas, resolutorias y penales, pero que en la práctica jurídica se han confundido las primeras con las últimas en cuanto a las acciones y excepciones que son interpuestas en los procedimientos administrativos y judiciales que son substanciados para hacer efectivas las fianzas de cumplimiento de contrato, que son auténticas sanciones pecuniarias de carácter administrativo y no el resultado de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, correspondiendo al Estado ser más exacto en el planteamiento de las acciones a ejercer, así como de las defensas y excepciones que establezcan la diferencia existente entre ambas figuras jurídicas. En cuanto a las sanciones coercitivas, se concluyó que su inclusión y aplicación en los contratos administrativos es cada vez menos frecuente y respecto de las resolutorias fueron analizadas al tratar lo inherente a la extinción de los contratos administrativos.

Séptima.- Respecto de la terminación de los contratos administrativos se concluyó que la doctrina distingue entre causas normales y anormales de terminación de los mismos, las primeras las resume en dos, el cumplimiento del objeto del contrato y el vencimiento del

plazo, sin embargo, dada la naturaleza de estos acuerdos de voluntades, se concluyó que el simple vencimiento del plazo no extingue los derechos y obligaciones establecidos por dichos contratos, por lo que la única forma normal de extinguirse resulta ser el cumplimiento del objeto del contrato.

En cuanto a las llamadas formas anormales de terminación de los contratos de referencia, es de aclararse que en estricto sentido se les da ese calificativo debido a que lo excepcional en dichos contratos es su incumplimiento, situación que resulta anormal en estos contratos, en razón de la finalidad de interés público que se persigue con su celebración y que como consecuencia de ello se ha estructurado la aplicación de las sanciones resolutorias como última instancia ante el incumplimiento del contratista. Del estudio de los procedimientos seguidos para la extinción de los contratos administrativos ante el incumplimiento de cualquiera de las partes, se concluyó que en esa materia existe divergencia de opiniones dogmáticas en cuanto a cual es la figura jurídica aplicable, ya que algunos autores establecen la aplicación de figuras jurídicas propias del acto administrativo como la caducidad o la revocación, otros prefieren la aplicación de los principios y acciones establecidas para los contratos de Derecho Civil, sin embargo, la opinión dominante resulta ser la substanciación del procedimiento administrativo de rescisión de contrato, sin que exista distinción técnica de las acciones a ejercer, como acontece en derecho común cuando dependiendo de la situación que guarde el contrato, como es el caso de la resolución por incumplimiento y la terminación del contrato, esto en razón de la aplicación de los principios antiformalista, de economía, celeridad y eficiencia, que imperan en todo procedimiento de naturaleza administrativa, criterio que atinadamente ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis aisladas que fueron citadas.

Abundando en lo anterior ha de señalarse que quienes pretenden la aplicación de principios propios del acto administrativo como son la caducidad y la revocación de los contratos administrativos, no exponen con claridad como es que ha de aplicarse un procedimiento concerniente a la extinción de los actos administrativos propios de los entes estatales en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, siendo que en este caso se está en presencia de acuerdos de voluntades, que son fuente de creación,

modificación transferencia o extinción de derechos y obligaciones entre las partes, lo cual si resulta evidente de los procedimientos administrativos de rescisión de contrato e incluso del de terminación anticipada, en donde la diferencia de aplicación entre uno y otro estriba en la causa que motiva el incumplimiento del contrato.

Octava.- Del estudio de la evolución que históricamente ha tenido la regulación jurídica del contrato de obra pública en lo particular, se observó que en estricto sentido durante la vigencia de la Constitución de 1857, no existió regulación jurídica alguna respecto de los contratos administrativo en general y en particular del de obra pública, debido a que dicha Carta Magna, vigente hasta el 4 de febrero de 1917, no incluyó ningún precepto dedicado a la regulación de este contrato, aunque algunas normas establecieron la competencia de algunas dependencias para su celebración, lo que obliga a suponer la existencia de normas administrativo-consuetudinarias para su celebración.

Novena.- En nuestro país la regulación del contrato de obra pública se inició con la inclusión del artículo 134 en la Constitución de 1917, como una respuesta a los abusos realizados durante el porfiriato, cuando se repitió la figura del “contratista favorito”, surgida durante la época del Presidente Antonio López de Santa Anna. Sin embargo, no fue sino hasta el año de 1965, cuando se promulgó la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, que inició la regulación sustantiva del contrato en cita, ya que hasta antes de esta norma sólo existieron disposiciones que establecieron competencias para su celebración y control.

Décima.- Del análisis de la evolución de las normas que regularon sustantivamente al contrato de obra pública, puede establecerse que la misma fue deficiente en su inicio en el año de 1965, pero sufrió una evolución importante hasta la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, transitando por la Ley de Obras Públicas, la reforma del artículo 134 constitucional de 1982, los dos reglamentos de la última ley en cita y sus siete reformas; pero en la época en que se llegó a un caos normativo fue durante la vigencia de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (enero de 1995 a febrero de 2000), ya que ésta careció de Reglamentos pese a haberlos previsto, lo cual originó la vigencia del Reglamento de la anterior ley, de normas reglamentarias expedidas mediante el indebido ejercicio de la facultad reglamentaria



prevista en la fracción I, del artículo 89 constitucional, delegada indebidamente por el poder legislativo en las dependencias del ejecutivo con facultades normativas en la materia, además de la emisión de hasta once oficios circulares, que fueron usados como medio legislativo para suplir la ausencia de los reglamentos que establecieran los procedimientos administrativos para hacer factible el cabal cumplimiento de la ley.

Décima Primera.- Con motivo de las negociaciones realizadas para la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, mediante la reforma a la Ley de Obras Públicas de 1991, se derogó el Capítulo II de dicha norma, el cual regulaba la existencia de un Padrón de Contratistas en materia de obra pública, cuya existencia desde el punto de vista doctrinal y práctico jurídico, tiene la finalidad de establecer un sistema de control y acreditación de la capacidad técnica y económica de los contratistas, que coadyuva a simplificar la substanciación de los procedimientos administrativos de contratación, en razón de que mediante la acreditación de estar inscrito en dicho registro evita la revisión de la documentación inherente en cada licitación o concurso en que participe cada contratista, criterio que ha perdurado en las leyes subsecuentes como son la de Adquisiciones y Obras Públicas y de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas, lo cual resulta ser un error que dificulta la substanciación de los procedimientos de contratación, en contraposición al principio de simplificación administrativa.

Décima Segunda.- Con la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, (LOPSRM) y su Reglamento (RLOPSRM), se inició una regulación del contrato de obra pública con mejor conocimiento de sus características esenciales y sus principios rectores, evitando la existencia de normas reglamentarias inconstitucionalmente emitidas, sin que ello signifique la perfección de la ley y el reglamento, ya que aún adolecen de varias omisiones y defectos, que son motivo de conclusiones más específicas.

Décima Tercera.- Del análisis de la forma y términos de cómo se da cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 134 de la Carta Magna, en los Poderes Judicial y Legislativo, así como en los órganos dotados de autonomía constitucional, se

concluyó que existen muchas diferencias de criterio en cuanto a la regulación de este contrato, ya que se ha optado por disímiles soluciones, como a continuación se detalla:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el Consejo de la Judicatura Federal han optado por la emisión de normas específicas que en esencia reiteran los principios y criterios jurídicos contenidos en los preceptos en cita.

En las Cámaras de Diputados y Senadores, así como en la Auditoría Superior de la Federación, se ha optado por expresar en las declaraciones de los contratos que celebran que se apegan voluntariamente a lo previsto por la LOPSRM y el RLOPSRM, en todo lo que no se opongan a su naturaleza jurídica y facultades otorgadas.

Finalmente en el Banco de México, se observa la norma que tal vez resulta ser más adecuada, que consiste en la emisión de un acuerdo interno que establece los artículos que no son aplicables a dicho órgano, en razón de que se oponen a su naturaleza jurídica como es el caso del ejercicio de las funciones de control y de interpretación de las normas para efectos administrativos, por oponerse a su autonomía, estableciendo las unidades administrativas que en el ámbito interno han de ejercer dichas funciones.

Una conclusión subsiguiente es que resulta necesaria una norma que sea aplicable a todos los poderes que conforman el gobierno del Estado, estableciendo las excepciones o diferencias de criterio consecuentes con la naturaleza jurídica y potestades conferidas a cada ente estatal que en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo requiera de la celebración de contratos de obra pública para el cumplimiento de sus funciones.

Décima Cuarta.- De lo preceptuado por el segundo párrafo del artículo 134 constitucional, se concluye que éste establece que la regla general para la celebración de los contratos administrativos es el procedimiento administrativo denominado licitación pública y que las normas secundarias (leyes) establecerán y las hipótesis jurídicas en que ello no sea idóneo, es decir, los casos de excepción a dicha regla general.

Consecuentemente las normas secundarias y las reglamentarias establecen de manera específica los procedimientos administrativos que deben cumplir los entes estatales para celebrar sus contratos, los cuales regulan la forma y términos en que ha de establecerse el objeto a contratar, los recursos presupuestales que han de ser ejercidos, hasta terminar con la formación del acuerdo de voluntades con el particular que participa voluntariamente, lo cual, resulta ser un requisito legal para la celebración de los contratos administrativos, cuyo cumplimiento es estrictamente obligatorio, ya que pasan a ser colaboradores del Estado en la consecución del interés público.

Décima Quinta.- Desde el punto de vista doctrinal, se ha sostenido la existencia de un sistema de libre elección, el cual consiste en que el Estado está facultado para elegir libremente, en forma directa y discrecional a quien será su cocontratante, y ello se traduce en una regla general y que sólo por excepción resultan aplicables los llamados sistemas restrictivos o de competencia como la licitación y el concurso públicos. Del análisis de los argumentos que sustentan este principio se concluyó la necesidad de desestimarlos en razón de que tal postura resulta contradictoria en sí misma, ya que por una parte se habla de facultades del Estado y por otro de la inexistencia de normas que establezcan la existencia de procedimientos a seguir para la celebración de los contratos administrativos.

El argumento fundamental de esta postura, estriba en que se interpreta que los sistemas llamados restrictivos operan única y exclusivamente cuando existe una norma jurídica que los prevé y que ante la ausencia de una disposición expresa los órganos del estado en ejercicio de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, gozan de libertad para seleccionar de manera libre, directa y discrecional a quien será su cocontratante.

Del análisis dado a esta postura se concluyó que resulta contraria al principio de legalidad, toda vez que si se tiene presente que el inicio y fin de las facultades estatales es la ley y en todo caso al no existir norma jurídica que regule la existencia de un procedimiento administrativo a seguir para celebrar tal o cual contrato, ha de entenderse que el Estado carece de facultades para adjudicar directamente o celebrar por libre elección el contrato

respectivo, toda vez, que lo contrario implica interpretar el principio de legalidad, en tratándose del Estado, como si se estuviera en el caso de un particular o gobernado, para quien efectivamente lo que no le está prohibido taxativamente por la norma jurídica le está prohibido, por lo tanto, considerando que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene los principios jurídicos fundamentales sobre los que ha de construirse el derecho positivo mexicano, se concluyó que la interpretación de la norma constitucional no ha de ser tan restrictiva, en cuanto a los contratos administrativos a los que es aplicable la licitación pública como norma general, debiéndose entender que la regla general para la adjudicación de todos los contratos administrativos es la licitación pública.

Abundando en lo anterior, cabe apuntar que los tratadistas que sostienen una postura coincidente con la conclusión ya expresada, afirman que la libertad del Estado, no implica la existencia de una libertad absoluta para la celebración de los contratos administrativos, para los cuales la norma no prevé un procedimiento específico de selección del cocontratante, ya que éstos han de cumplir cabalmente con los requisitos que regulan el debido ejercicio de la actividad contractual. Por lo que la conclusión se sustenta en que el ejercicio de la actividad contractual está regulado por la Constitución y las normas que de ella derivan, luego entonces, del análisis del proceso administrativo público como serie de etapas que es necesario ejecutar para cumplir con la función administrativa considerada desde el punto de vista material u objetivo, y como parte fundamental del mismo, en los casos en que se incluye la contratación como una etapa de éste, la licitación pública es un procedimiento administrativo de contratación elevado por disposición constitucional expresa a regla general que admite excepciones.

Décima Sexta.- Se llegó a la conclusión de que la licitación pública es un procedimiento administrativo especial condicionado por su objeto. En razón de ello le son aplicables todos los principios rectores del procedimiento administrativo que no se opongan a su objeto y en razón de este último sus principios rectores son la concurrencia y competencia, el trato justo y equitativo, y la publicidad.

Décima Séptima.- Del análisis de la naturaleza y alcances jurídicos de la tríada de principios jurídicos rectores de la licitación pública, atendiendo a su objeto como son la concurrencia y competencia, el trato justo y equitativo, y la publicidad, se concluyó que no pueden sumarse otros principios como la transparencia o la oposición y contradicción según la propuesta de diversos autores.

En el primer caso porque la transparencia sólo es el resultado de la aplicación de la concurrencia y competencia, el trato justo y equitativo, y la publicidad sin olvidar a la legalidad que está presente en todo procedimiento administrativo, ya que si el procedimiento no se substancia en apego a las normas y principios que lo rigen, resulta imposible que resulte transparente y confiable.

En cuanto a la oposición y contradicción, se concluyó que no se trata de un principio aplicable a este procedimiento, ya que éste es propio de los procedimientos en los que las partes pueden oponerse y contradecirse entre sí, debido a que su esencia consiste en determinar cual de ellas tiene la razón, lo cual no ocurre en los procedimientos de contratación administrativa, ya que en estos existe una competencia en la que se exige al Estado que lo substancie con estricto apego a derecho e interpretando debidamente la norma jurídica, a efecto de que seleccione la propuesta que le ofrezca las mejores condiciones o las más ventajosas para cumplir con el interés público. Consecuentemente el derecho de interpelación que tienen los participantes sólo es para efecto de exigir al Estado que los actos administrativos que emita durante el procedimiento, se apeguen estrictamente a las normas que lo rigen, por tanto, la licitación no es un litigio, sino una competencia por saber quien ofrece las mejores condiciones al Estado, es por ello que los medios de defensa otorgados a los particulares tienen la finalidad de hacerlo eficaz y evitar la existencia de vicios en la formación del acuerdo de voluntades administrativo, pero no para que una parte se imponga sobre otra respecto de sus pretensiones.

Décima Octava.- Se observó que en general la doctrina administrativa no ha sido unánime en cuanto a establecer el nombre y la cantidad de etapas de que consta la licitación pública, advirtiendo que los planteamientos en ese sentido varían desde considerar 3 etapas (el

pliego de requisitos, el llamado a ofertar, y la adjudicación), considerar que son 6 (la elaboración de las bases, la elaboración y publicación de la convocatoria, la entrega de las bases de la licitación, la elaboración y entrega de las proposiciones, la apertura de éstas y la emisión del fallo), variando hasta determinar la existencia de 7, 8 y hasta 11 etapas según se pretenda subdividir ciertas etapas o dar relevancia a ciertos actos que forman parte de ellas.

Del análisis de dichas posturas y de lo determinado por la LOPSRM y el RLOPSRM se aprecia que son siete las etapas de la licitación pública, como procedimiento administrativo por excelencia para la celebración de contratos de obra pública, mismas que se denominan:

- A).- Autorización Presupuestaria;
- B).- Pliego de Condiciones o Bases de Licitación;
- C).- Llamado a la Licitación o Publicación de la Convocatoria;
- D).- Preparación de las Propuestas;
- E).- Acto de Presentación, Apertura y Evaluación de las Proposiciones u Ofertas;
- F).- Adjudicación, y
- G).- El Perfeccionamiento o formalización del contrato.

Décima Novena.- La forma y términos en que está regulada la acreditación de la idoneidad de los licitadores en los artículos 24, fracción III, y 26, fracción XII, del RLOPSRM, especialmente por lo que hace a su capacidad financiera no resulta adecuada, ya que se establece que ésta podrá atestigüarse con copia de la última declaración anual de impuestos, o bien con la presentación del balance general auditado, señalándose en el segundo precepto que podrá acreditarse integrando los estados financieros auditados de los dos años anteriores y del comparativo de razones financieras básicas, salvo el caso de empresas de reciente creación en cuyo caso deberán presentar los más actualizados a la fecha de presentación de la propuesta; lo cual obliga a concluir que dichas normas no han considerado las modificaciones realizadas a la legislación fiscal, en razón de la aplicación de sistemas informáticos para la presentación de declaraciones anuales de impuestos, así como tampoco lo previsto por el Código Fiscal de la Federación en materia de estados financieros auditados.

Abundando en lo anterior, en materia de declaraciones anuales y parciales de impuestos en tratándose de personas morales, que es el caso de la gran mayoría de contratistas de obra pública, de la revisión de las constancias de presentación de impuestos presentadas vía Internet, se observó que en las mismas no se asienta el capital contable de las empresas en el año que se declarara, por lo que con base en dicho documento, resulta imposible establecer su capacidad financiera.

Concerniente al balance general auditado o a los estados financieros auditados, el Código Fiscal de la Federación, es la norma que regula los supuestos, forma y términos en que los contribuyentes están obligados a dictaminar sus estados financieros, para lo cual es necesario que sean auditados por un Contador Público expresamente facultado y autorizado para ello por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que tengan validez legal y consecuentemente valor probatorio de la situación financiera y fiscal del contribuyente; igualmente, el reglamento de la norma de mérito establece cual debe ser el contenido del dictamen, mismo que se reitera debe ser resultado de una auditoría fiscal, debiendo cumplir entre otros requisitos con contener un dictamen, los estados financieros básicos, en base a los estados de posición financiera, de resultados, de variaciones de capital contable, y de cambios de situación financiera, que deben estar comparados con el ejercicio fiscal inmediato anterior, es decir, un comparativo de razones financieras, por lo tanto, si lo deseado es no sólo verificar la capacidad financiera sino también el cumplimiento de las obligaciones fiscales, debe indicarse con claridad cuál es el documento requerido, mismo que según la norma en cita debe emitirse una vez por año, por lo que resulta ilegal exigir la presentación de estos documentos por cada trimestre o semestre, como puede observarse en las convocatorias y bases de licitación que se publican en el Diario Oficial de la Federación los días martes y jueves de cada semana.

Vigésima.- La regulación del contenido de los pliegos de requisitos o bases de licitación es minuciosa, sin embargo, establece muchos requisitos potestativos y no obligatorios, lo que da lugar a diferencias de criterio en el contenido de los pliegos de requisitos establecidos por las dependencias y entidades, por lo que resulta necesaria una revisión a fondo, a efecto de determinar con precisión los requisitos que resultan indispensables, como pueden serlo los

diferentes costos que integran un precio unitario, sean exigidos y no omitidos, en razón de decisiones discrecionales que por desconocimiento o dolo rayan en lo arbitrario, además de errores u omisiones normativas como el caso de los cargos adicionales, que expresamente no son requeridos como requisito de las propuestas económicas, cuando la propia norma los considera parte integrante de los precios unitarios.

Vigésima Primera.- La Ley de la materia omite establecer un acto formal de inscripción de los participantes en cada procedimiento licitatorio y dado que los participantes pueden adquirir las bases de licitación o pliego de requisitos, directamente ante el ente contratante o mediante el sistema denominado Compranet, no se conoce el número de participantes en cada procedimiento, incluso al momento del acto de apertura de las proposiciones, resultando necesaria la existencia de un acto formal de inscripción a cada licitación a fin de que exista certeza en la adquisición de derechos o obligaciones por parte de los contratistas e incluso de responsabilidades para las convocantes.

Vigésima Segunda.- Se concluyó que resulta indebido y contrario a los principios rectores de la licitación pública, especialmente al trato justo y equitativo, permitir que vía los pliegos de requisitos o bases de licitación, se faculte a los contratistas establecer cuáles análisis de conceptos han de ser presentados hasta sumar el ochenta por ciento de los análisis de los conceptos de obra; al igual que determinar cuáles materiales son los más significativos; pues de ello depende establecer el programa calendarizado de ejecución general de los trabajos y los programas cuantificados y calendarizados de mano de obra, materiales, maquinaria y equipo de construcción, además del de utilización del personal profesional técnico, administrativo y de servicio directamente encargado de la ejecución de los trabajos.

Lo anterior en razón de que los criterios para la determinación variarán de contratista a contratista, lo cual traerá como consecuencia que al momento de efectuar la evaluación de las proposiciones, se comparen ofertas distintas en su contenido y alcances dificultando la equidad en la toma de decisiones y creando un campo fértil para la corrupción.

Vigésima Tercera.- Una parte fundamental de las propuestas formuladas por los contratistas, lo es el análisis, cálculo y determinación del cargo por utilidad, lo cual implica la obligación de presentarlo debidamente desglosado, ya que sólo de esa forma es posible establecer con transparencia la solvencia de las propuestas y la deliberada intención de cumplir cabalmente con la obligación de pago de impuestos. Sin embargo, se observó que la norma establece exactamente lo contrario, al señalar que en la evaluación de dicho cargo, no será necesario que el contratista presente su análisis, cálculo y determinación, al permitir que no se presente en forma desglosada, lo cual impide establecer si se ha previsto con seriedad y formalidad el pago de todos y cada uno de los impuestos que se generarán con motivo de la celebración del contrato, lo cual resulta fundamental para determinar la solvencia de las proposiciones, ya que de lo contrario puede ser que la determinación de dicho costo no sea seria al no haber contemplado el pago de contribuciones, lo que sin lugar a dudas puede coadyuvar a determinar la insolvencia de las propuestas.

Vigésima Cuarta.- Es necesario establecer los medios de defensa idóneos a los participantes o licitadores en todo procedimiento licitatorio, a fin de que estén en posibilidad de impugnar el contenido y requisitos exigidos en los pliegos de requisitos o bases de la licitación para evitar que ante la inclusión en dichos documentos, de requisitos o exigencias contrarios a derecho, o que determinen una excesiva onerosidad de las propuestas, se vulneren sus derechos o se establezcan preferencias para algún licitador, por la aceptación tácita del contenido de éstos documentos, al momento de presentar las propuestas, determinándose que el momento procesal oportuno, resulta ser la junta de aclaraciones, justamente después de la visita al sitio de ejecución de los trabajos y antes de la presentación de las proposiciones. El negar ese derecho a los licitadores implica presumir que los mismos están de acuerdo con los requisitos exigidos y por ende con todo el contenido de las bases, inhabilitándolos para expresar cualquier ilegalidad, violación de derechos o diferencia de criterio con posterioridad al acto de presentación de las propuestas.

Vigésima Quinta.- Resulta una omisión imperdonable que la LOPSRM y el RLOPSRM, sencillamente no regulen la presentación de una garantía de seriedad de la proposición, ya que si bien la norma sanciona el retirar las propuestas o el no-sostenimiento de la propuesta,

se considera que dicha garantía es un requisito, que tiene el efecto de comprometer con mayor formalidad a los licitadores, quienes se autoconstríen a presentar propuestas mejor elaboradas, pues de lo contrario se harán acreedores a una sanción pecuniaria debidamente garantizada, lo cual inhibe el incumplimiento, esto es, tanto la omisión en la presentación de la propuesta, como la presentación de ofertas condicionadas o incompletas que pretenden directa o indirectamente el incumplimiento de las bases de licitación o pliego de requisitos, pues al hacerlo perderán la garantía exigida, cuya finalidad última es evitar esas conductas.

Vigésima Sexta.- En la práctica el procedimiento de contratación denominado por la LOPSRM como "Invitación a cuando menos tres personas", que no es otra cosa que una licitación privada, es utilizado para beneficiar a pequeños grupos de contratistas y fortalecer un sistema de corrupción, como secuela de la figura del "contratista favorito", pues sólo ciertos contratistas que gozan de las simpatías de los servidores públicos, resultan ser quienes son invitados a esos procedimientos, estableciéndose de antemano quien será el "ganador" de ese procedimiento de contratación, resultando indispensable normas que otorguen auténtica legalidad y transparencia a dichos procedimientos.

Vigésima Séptima.- La formación del acuerdo de voluntades, acontece al momento que el fallo es notificado al contratista seleccionado, asimismo, que la norma sanciona la no-formalización del instrumento jurídico, ya sea que ello acontezca por causa imputable al contratista, o bien, por parte del órgano estatal contratante de que se trate, sin embargo, resulta una norma menos que perfecta, al omitir señalar que en el caso del Estado, éste sólo puede eludir su responsabilidad de formalizar el contrato y ejecutarlo por razón de interés público, que han de ser hechas del conocimiento del contratista.

Vigésima Octava.- El poder legislativo, inconstitucionalmente otorga a los titulares de las dependencias y a los órganos de gobierno de las entidades la facultad de emitir una norma reglamentaria denominada Políticas, Bases y Lineamientos en materia de obra pública, cuyo contenido está determinado por el artículo 3º del RLOPSRM, en razón de que dicha norma ha de contener aspectos propios del reglamento mismo que los omite, tales como: los términos, forma y porcentajes para la aplicación de penas convencionales, estableciendo

distintos rangos en atención al objeto y naturaleza de cada contrato; al igual que en tratándose de garantías relativas a la correcta inversión de los anticipos y cumplimiento de contrato; establecer los criterios que determinen la factibilidad de utilizar los mecanismos de puntos y porcentajes en la contratación de servicios, esto es, cuando se substanciará una licitación o un concurso; los criterios para determinar que las bases de la licitación serán entregadas gratuitamente a los participantes, los procedimientos para ampliar el plazo de los contratos; al igual que los requisitos necesarios para la formalización de convenios modificantes o adicionales de los contratos. En cuanto a lo señalado en las fracciones I y II del artículo 3º del RLOPSRM, se trata de normas de naturaleza propia del contenido de los manuales de organización y procedimiento a que se refiere el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Vigésima Novena.- Se concluyó que la LOPSRM, es omisa en cuanto a que no regula integralmente la materia que le es propia, en razón de que no contiene ningún capítulo dedicado a tratar lo atinente al contrato de concesión de la obra pública, el cual como lo establece la opinión doctrinaria es un contrato de obra pública con una modalidad en la forma de pago, ya que ésta es establecida mediante la explotación de la propia obra, la cual es ejecutada y financiada por el contratista, esto es, tiene la finalidad de lograr la ejecución de obras públicas sin que el Estado realice erogaciones presupuestales, con la modalidad de que la contraprestación otorgada al contratista es la facultad de explotar la obra por un plazo determinado, por lo que obtendrá su retribución del cobro de las cuotas, tarifas o peaje, a las personas que la utilicen. Lo distinto en este contrato es la segunda etapa, la relativa a determinar el monto erogado, la forma de financiamiento y de pago, pero la esencia, el objeto del contrato consiste en la ejecución de una obra pública.

Trigésima.- Se concluyó que la actual LOPSRM resulta omisa debido a que no regula la posibilidad de gestionar la obra pública mediante el contrato de comodato, que es una modalidad del contrato de obra pública en la que el objeto principal es la ejecución de una obra pública, en la que sólo cambia la forma de pago, ya que esta consiste, no en el pago de una cantidad líquida y en dinero, sino en otorgar al contratista el uso de un bien inmueble por un lapso determinado.

Trigésima Primera.- Del análisis de la forma y términos en que se encuentra regulada la ejecución de obras públicas con recursos extrapresupuestales, se concluyó que en nuestro sistema jurídico, conforme a los principios constitucionales previstos en los artículos 25, cuarto párrafo, 27, párrafos cuarto, quinto y sexto, y 28, cuarto párrafo, dichos contratos son inconstitucionales, en razón de que la celebración de contratos bajo el sistema Construcción, Arrendamiento y Transferencia (CAT) que debido a los cambios normativos establecidos en la Ley General de Deuda Pública y de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, hoy en día han cambiado a Obra Pública Financiada (OPF) o contratos de servicios múltiples celebrados bajo el formato de contratos de obra pública, en los que pretendiendo la celebración de distintos contratos se pretende simular lo que en realidad sucede que es el otorgamiento de concesiones para la ejecución de obras públicas en materias que o bien están reservadas en forma exclusiva para el Estado o bien está prohibida la participación de capital privado.

Trigésima Segunda.- Del análisis de las formas de contratación de la obra pública, se concluyó que la LOPSRM y el RLOPSRM son omisos en cuanto no regulan al contrato de obra pública en su modalidad de coste y costas, que consiste en establecer que el pago de los trabajos ejecutados será atendiendo al costo comprobado de los recursos utilizados para su ejecución y el establecimiento de un costo indirecto en sentido amplio, es decir, incluyendo los costos indirectos en sentido restringido, el costo por financiamiento y los cargos por utilidad y adicionales, o bien, un cargo por utilidad, estableciendo que los demás costos y cargos quedan sujetos a comprobación. Lo cual resulta inexplicable, en razón de que en el ámbito federal, resulta indispensable contar con un contrato que facilite la ejecución de obras públicas para superar las emergencias que se suscitan con motivo del acaecimiento de fenómenos naturales, ya que el pago de los recursos aportados por una parte y el establecimiento de costos indirectos en amplio sentido evita severas dilaciones en la formalización de los contratos, o bien, de los pagos, ya que los precios unitarios han de ser analizados con posterioridad a la terminación de los trabajos, lo que ocasiona daños y perjuicios a los contratistas en forma injustificada, además de que se trata de una modalidad de contratación abundantemente estudiada por doctrina jurídica.

Trigésima Tercera.- Del análisis de la forma y términos en que ha sido regulado el contrato de obra pública a precio alzado se concluyó que el legislador y el ejecutivo han errado la forma y términos en que se ha regulado esta modalidad contractual, pues lo que hizo es pretender sustantivar lo adjetivo, efectivamente, la diferencia entre el contrato basado en precios unitarios y el de precio alzado estriba en la forma en que se acuerda el pago al contratista, que puede ser al final de la obra, o en parcialidades conforme al logro de ciertos avances físico-financieros, o por el cumplimiento de ciertos plazos, pero ello no implica una modificación en la naturaleza del contrato de obra pública, menos aún, renunciar a la forma más efectiva que han encontrado la ingeniería y el derecho para determinar el costo de las obras y la disminución al mínimo indispensable del principio de riesgo y ventura en dicho instrumento jurídico, que es la técnica de los precios unitarios.

Trigésima Cuarta.- Del análisis del sistema de garantías establecido en torno al contrato de obra pública, se observa que la actual legislación resulta omisa, en cuanto a que no regula el caso de ruina de la obra, pues se limita a requerir una garantía de vicios ocultos cuya vigencia es de un año, cuyo cómputo inicia después de levantada el acta de recepción de los trabajos. Sin embargo, dado que algunos vicios ocultos y otras responsabilidades sólo pueden ser detectadas mediante la realización de una auditoría, que en la práctica es ejecutada casi en la misma época en que fenece la citada garantía; además de que en caso de ruina de la obra por causa imputable al contratista, en su caso, ello acontece mucho tiempo más tarde (entre 5 y 10 años después de terminada la obra), sin que las normas administrativas, o supletoriamente las de Derecho Civil, prevean un plazo razonable para que el contratista responda de tales hechos, por tanto, es necesario adecuar la ley, para que exista la obligación de responder pecuniariamente por tal evento, y no sólo mediante la comprobación de que existió una conducta considerada como delito por la legislación penal, lo cual es regulado en otros países como España y Argentina, señalando en la legislación de la materia que la responsabilidad por dicho supuesto persiste por plazos de diez y hasta quince años.

Trigésima Quinta.- Del análisis de los requisitos que deben contener los contratos de obra pública, se observó que el contenido del artículo 46 de la LOPSRM resulta insuficiente, pues

omite regular diversos aspectos que resulta indispensable incluir en dichos acuerdos de voluntades, además de que no precisa cuál de ese contenido debe ser una declaración o cuál un pacto específico. Los faltantes en dicha norma son:

- A.- La disponibilidad de dictámenes, permisos, licencias, derechos para el uso de bancos de materiales y del inmueble o inmuebles;
- B.- El establecimiento de la superintendencia de construcción, y las normas a que se sujetará el nombramiento y la permanencia del representante de la contratista en el sitio de la obra;
- C.- La independencia de las relaciones laborales del contratista con sus trabajadores y el ente estatal contratante;
- D.- La responsabilidad del contratista en la ejecución de la obra;
- E.- Las normas bajo las que se ejercerá la facultad de dirección y control de la obra;
- F.- Las modificaciones al contrato;
- G.- Las normas a que, en su caso, se sujetará la suspensión de los trabajos o la terminación anticipada del contrato;
- H.- Los descuentos por concepto de pago de derechos (cargos adicionales) y cuotas a asociaciones de tipo gremial; y
- I.- La jurisdicción y competencia de tribunales en caso de conflicto entre las partes, diferente al de cuestiones técnico administrativas.

Trigésima Sexta.- Del análisis de las obligaciones y responsabilidades imputadas a los residentes de obra como representantes estatales en el sitio de ejecución de los trabajos, se aprecia que las previstas en las fracciones III, IV, VII, y XI del artículo 84 del RLOPSRM. relativas a las etapas de planeación, programación, presupuestación y contratación de las obras (modificación de los contratos), resultan excesivas, en razón de que deben ser responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas encargadas de dichas etapas del proceso administrativo público, quienes en todo caso deben ser los obligados a entregar a dicho servidor público esa información, especialmente si se tiene presente que éste último, es quien generalmente ocupa el puesto de menor jerarquía en la estructura orgánica de las unidades administrativas, a cargo de la ejecución de las obras públicas.

Trigésima Séptima.- Del análisis de la regulación existente en tratándose del inicio de los trabajos, se concluye que esta resulta omisa en cuanto a la realización del replanteo de la obra, con la connotación que la doctrina jurídica da a dicha actividad, toda vez que el artículo 52 de la LOPSRM, sólo prevé la entrega de los terrenos donde debe realizarse la obra con antelación a la fecha programada para el inicio de la misma, pero omite señalar que deba efectuarse el deslinde de los mismos, el amojonamiento, la demostración fáctica de ejecución del proyecto, y la entrega de las licencias, permisos y autorizaciones indispensables para la ejecución de los trabajos, otorgando un plazo específico para la realización de esta actividad, de la cual ha de dejarse constancia escrita mediante el levantamiento de actas de tipo circunstanciado y prohibirse el inicio de los trabajos si esta actividad no es realizada, además de sancionar severamente a los servidores públicos o contratistas que por negligencia, ineptitud, dolo o mala fe, eviten la realización de esta actividad.

Trigésima Octava.- Del análisis de la regulación existente respecto de la presentación del programa general de ejecución de los trabajos, se concluyó que en los supuestos previstos por el RLOPSRM, en su artículo 27, inciso A, fracción I, tercer párrafo, y X, segundo párrafo, existe la posibilidad de que durante el procedimiento licitatorio al contratista sólo se le requiera que presente un ochenta por ciento de los precios unitarios que integran el contrato, por tanto, sus programas de obra también se referirán a ese por ciento. Consecuentemente el licitador u oferente ganador del procedimiento de selección de contratista, queda obligado a presentar ante el órgano estatal contratante en un plazo máximo de quince días naturales siguientes al de la emisión del fallo, el complemento de los análisis de los precios unitarios, los que deberán ser congruentes con el presupuesto presentado y el programa de ejecución general de los trabajos que considere todos y cada uno de los conceptos que integran la propuesta. Sin embargo, se trata de una norma imperfecta, pues es omisa en cuanto a las consecuencias de la presentación tardía o la no-presentación de éstos documentos, lo cual debiese ser motivo de sanción, e incluso prohibir el inicio de los trabajos, si previamente no ha sido, ya no se diga presentado, sino aprobado por el ante estatal contratante el llamado programa general de ejecución de los trabajos.

Trigésima Novena.- Del análisis de la regulación contenida en la legislación respecto de la bitácora de obra, en los artículos 95 y 96 del RLOPSRM, se considera que resulta evidente que la normatividad actual omite señalar aspectos básicos tales como: la obligación de señalar en notas periódicas los recursos existentes en el sitio de la obra para efecto de evaluar el cumplimiento del contrato por la contratista, tales como mano de obra, acopio de materiales, existencia en el sitio de maquinaria y equipo de construcción, compulsado con los establecidos en los programas; el avance físico y el financiero, programado y real de la obra a la fecha de corte de cada estimación o certificación de obra ejecutada; en caso de atraso en el plazo de ejecución, por causas no imputables a la contratista, señalar las circunstancias que dieron lugar a ello; y en el supuesto de que los atrasos le sean imputables, las acciones tomadas para compeler a la contratista al estricto cumplimiento del programa general de ejecución de la obra.

Cuadragésima.- Se concluyó que desde el punto de vista doctrinario las notas de bitácora formuladas por los entes estatales, son actos administrativos emitidos por el órgano estatal contratante, para ejercer sus funciones de dirección y control de la obra pública, por lo que dichos actos han de limitarse a procurar el cabal cumplimiento del objeto del contrato, sin embargo, las notas que no cumplan con tal fin e impliquen modificaciones o adecuaciones contractuales, que conlleven variaciones sustanciales al proyecto original o afecten la naturaleza y características esenciales del objeto del contrato, sólo podrán dejar de tener validez jurídica mediante revocación o nulidad. Consecuentemente el contratista particular sólo puede anularlos usando los medios de defensa e impugnación que le concede la ley a los contratistas, a saber la queja prevista en los artículos 71, 72 y 73 de la LOPSRM.

Cuadragésima Primera.- Del análisis de la forma y términos en que son reguladas las estimaciones o certificaciones de obra, se concluyó que dicha regulación es incompleta debido a que ha omitido normar la existencia de certificaciones o estimaciones de obra por acopio, que son aquellas cuyo contenido se refiere a los materiales o equipo de instalación permanente, que se encuentran en la bodega de materiales del contratista ubicada en el sitio de los trabajos o los materiales o equipos de fabricación especial e instalación permanente en la obra, cuyos anticipos o pagos han sido realizados por la contratista. La finalidad de

dichas certificaciones de obra no es la adquisición de los materiales, sino el reconocimiento de que han sido adquiridos para suministrarlos o instalarlos en la obra, lo cual tiene el efecto de congelar los precios de dichos materiales y/o equipos de instalación permanente, lo que a su vez implica una economía para el órgano estatal contratante, ya que en tal virtud, a partir del momento en que sean estimados no serán susceptibles de pago de ajuste de costos, por tanto, resultan convenientes para el Estado.

Cuadragésima Segunda.- En cuanto al análisis del ejercicio de la potestas variandi o principio de mutabilidad de los contratos administrativos, se concluyó que la norma prevé la celebración de dos tipos de convenios que la misma califica como modificantes y adicionales; que los primeros tiene como límite no rebasar conjunta o separadamente el 25% del monto o plazo de ejecución originalmente pactados; pero en el caso de los segundos se permite su celebración en forma indiscriminada pues no existe límite alguno en cuanto al número de convenios a celebrar, ya que la única restricción estriba en que no se varíe el objeto del proyecto contratado, ni se afecten la naturaleza y características esenciales del objeto del contrato original, sin embargo, ello se contradice con la obligación de contar con el proyecto completo o con un grado de avance tal, que permita cotizar completamente un proyecto. antes de la celebración del contrato, por tanto, en este último supuesto, si sólo falta desarrollar aspectos menores del proyecto, resulta contrario a la lógica e injustificado que se permita la celebración de un número indeterminado de convenios adicionales que rebasen el 25% del monto o plazo originalmente contratados.

Cuadragésima Tercera.- La regulación del mantenimiento de la ecuación económico financiera resulta completa y adecuada en términos generales, toda vez que se sistematiza la aplicación de la teoría de la impresión en su vertiente de ajuste de costos, bajo tres procedimientos y principios que incluso garantizan una indemnización completa, al incluir el pago de costos indirectos en sentido amplio; además en caso de modificaciones al contrato ordenadas por el Estado, también se prevé una indemnización completa mediante el establecimiento de precios unitarios de obra extraordinaria o el pago de los volúmenes extras con los precios unitarios vigentes; para el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, se regula que la existencia de daños a la obra por esos hechos, corran por cuenta del Estado quien

debe indemnizar al contratista por ellos y en caso de que provoquen una interrupción de los trabajos, se pague una indemnización que sólo prevé el pago del daño emergente, mediante las figuras de la suspensión de obra y la terminación anticipada del contrato, pero omite el pago del lucro cesante, finalmente cuando las modificaciones contractuales sean mayores al 25%, se norma el pago de los gastos improductivos mediante la renegociación de los costos indirecto y por financiamiento.

Cuadragésima Cuarta.- Del análisis de la forma y términos en que es regulada en la actual legislación la subcontratación en el contrato de obra pública, considerando la importancia que tiene el cabal cumplimiento de estos contratos, atendiendo a su finalidad, que es la realización del interés público, se concluye que la regulación de la figura jurídica en cita es incompleta, toda vez que omite establecer como obligación del Estado registrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista y del contratista para con el primero, de modo tal que en caso de falta de pago, por los trabajos, el Estado debe intervenir cuidando que a los subcontratistas se les paguen todos los trabajos ejecutados, para lo cual debe intervenir directamente descontando de las estimaciones los montos pagados a los subcontratistas acreedores, al igual que sancionándolos por el atraso o mala ejecución de los trabajos.

Esto en razón de que lo importante para el Estado es la terminación total de los trabajos y para ello ejerce con toda su fuerza el principio de dirección y control de la obra pública, mediante el registro y seguimiento de todo tipo de subcontratos, aunque atendiendo a la naturaleza *intuitu personae* del contrato de obra pública, limite su celebración a un porcentaje específico del monto total contratado y establezca como requisito la existencia de un mínimo de obra ejecutada por el contratista.

Cuadragésima Quinta.- Del análisis al sistema de sanciones administrativas desarrollado en la legislación vigente, así como del tratamiento que en la práctica se ha dado a las fianzas que garantizan las sanciones impuestas por el incumplimiento de los contratos, se concluye que la regulación es incompleta debido a que no ha distinguido con claridad que se trata de sanciones administrativas y no de cláusulas penales.

Cuadragésima Sexta.- Del análisis de la forma y términos en que se ha regulado la terminación del contrato, se aprecia que actualmente la norma prevé la verificación de terminación de los trabajos, formulación de una acta de recepción física de los trabajos y con posterioridad, pero antes de que transcurra el plazo de garantía por vicios ocultos, el acta administrativa de extinción del contrato, sin embargo, en esa regulación existen algunas deficiencias, tales como que la verificación física de los trabajos, ya que no se establece expresamente que de dicho acto deba levantarse un acta circunstanciada en la que se hagan constar todos los hechos y actos realizados en ese procedimiento de verificación; asimismo, la norma no prevé que durante la recepción física de los trabajos se deba realizar una última medición a todos los trabajos ejecutados, para cerciorarse de que todo lo pagado tuvo pleno sustento y en caso contrario efectuar las adecuaciones necesarias; finalmente, se prevé el levantamiento del acta administrativa de extinción del contrato, aún antes de transcurrido el plazo de garantía por vicios ocultos.

Cuadragésima Séptima.- Como resultado del estudio de la forma y términos en que es regulada la terminación de los contratos de forma anormal, específicamente mediante el procedimiento administrativo de rescisión, se concluyó que la legislación norma adecuadamente este procedimiento y establece que las controversias que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de la LOPSRM, o de los contratos celebrados con base en ella, deben ser resueltas por los tribunales federales. Para el caso de la administración pública federal centralizada (artículo 11, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) resulta competente el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, sin embargo, se considera que dicha competencia debe ser ampliada, a fin de que conozca de todas las controversias que se susciten en el ámbito federal con motivo de la interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública, cualquiera que sea la acción intentada, y el órgano estatal contratante, ya que de conformidad con la jurisprudencia existente a la fecha, en algunos casos la competencia corresponde a tribunales administrativos y en otras a los Juzgados de Distrito en materia civil, dependiendo de la acción que en cada caso se intente, con lo cual se corre el riesgo de que asuntos de naturaleza estrictamente administrativa sean analizados por tribunales de naturaleza distinta.

II.- PROPUESTAS

Primera.- Para efecto de evitar las discrepancias de solución normativa al principio constitucional previsto en el artículo 134 de la Carta Magna, en cuanto a la regulación de los contratos de obra pública, en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y los órganos dotados de autonomía constitucional, se propone que la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, sea elevada a la categoría de Ley General, esto es, que regule la celebración de contratos de obra pública en todos los entes estatales que ejerzan la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, independientemente del poder gubernamental o nivel de gobierno a que pertenezcan, por lo que dicha ley deberá establecer los principios que permitan el ejercicio de las funciones normativas para efectos administrativos y de inspección y vigilancia que aseguren su cabal cumplimiento en cada ámbito u órgano gubernamental, lo cual también beneficiará a los contratistas particulares, quienes al tener una formación académica de carácter técnico (ingenieros o arquitectos), cotidianamente se enfrentan a serios problemas normativos, pues dependiendo de con quien pretendan contratar, será la norma que han de cumplir al formular sus propuestas, lo cual sin duda se evitará al existir sólo una norma que regule la materia.

Segunda.- Se propone modificar tanto la LOPSRM como el RLOPSRM, a efecto de incluir en dichos cuerpos legales, sendos títulos que establezcan la existencia, bases de operación y funcionamiento de un Padrón de Contratistas en materia de obra pública, para efecto de que exista un control eficiente de las personas que consuetudinariamente celebran contratos de obra pública con el Estado, lo cual tiene una doble finalidad, establecer un control más riguroso sobre los contratistas y simplificar los procedimientos licitatorios en cuanto a determinar la idoneidad de los contratistas.

Con lo anterior se simplificarían los procedimientos licitatorios y se evitaría como en la actualidad acontece, que los contratistas acrediten en cada caso su formación jurídica en el caso de las personas morales o su existencia en el de las personas físicas, su capacidad técnica, financiera, y su experiencia en la realización de las actividades motivo del contrato de que se trate, ya que en cada ocasión deben presentar la documentación original que

acredite fehacientemente dicha idoneidad, y si bien es cierto que algunos aspectos pueden simplificarse conforme a lo previsto por el artículo 24 del RLOPSRM, que regula la forma y términos en que ha de efectuarse la revisión de dicha documentación durante cada procedimiento licitatorio, el problema persiste, debido a las inconsistencias previstas en los artículos 24, fracción III, y 26, fracción XII del RLOPSRM, ya comentadas.

Tercera.- Se concluyó que resulta necesaria una reforma al artículo 33 de la LOPSRM, para efecto de que la compra de las bases de la licitación o pliego de requisitos, se homologue al acto de inscripción en los procedimientos licitatorios, para efecto de establecer en forma indubitable, el número de participantes en todos los procedimientos por convocatoria pública, por tanto, para la eficaz operación de lo anterior, debe adecuarse el funcionamiento del sistema Compranet, para que los entes convocantes tengan pleno conocimiento de las personas que adquieren las bases de la licitación bajo ese esquema.

Cuarta.- Se propone una reforma al artículo 21 del RLOPSRM para que establezca con precisión la finalidad y alcances que para efecto de cumplimiento contractual tiene el conocimiento del sitio de los trabajos, a efecto de evitar excesos y violaciones a los derechos de los contratistas, quienes muchas veces por desconocimiento o temor reverencial, se abstienen de someter esos abusos al conocimiento de los órganos de control o de los tribunales, pues temen ser inhabilitados de facto, para seguir contratando con el órgano estatal de que se trate, quien les exige la realización de actividades no previstas expresamente en los contratos, como lo es la ejecución de trabajos extraordinarios tales como la adecuación del proyecto y la ejecución de conceptos de obra no previstos en el catálogo de conceptos, lo cual implica un menoscabo directo a la utilidad propuesta, por el contratista, constituyéndose en una carga impositiva informal que resulta inequitativa y contraria los principios previstos por la fracción IV, del artículo 31 constitucional.

Quinta.- Se plantea reformar los artículos 26, apartado A, fracciones I y II, y 27, apartado A, fracciones I, II y X, del RLOPSRM, a efecto de que siempre sea el ente estatal convocante, quien determine los análisis de conceptos y los materiales más significativos que deben ser presentados, en el procedimiento licitatorio, ya que de otro modo las propuestas presentadas

en una licitación pueden presentar demasiadas diferencias, lo que dificulta significativamente su comparación, en perjuicio del principio de trato justo y equitativo o igualdad, lo que a su vez puede dar lugar a decisiones subjetivas e incluso a deshonestidades.

Sexta.- Se opina que debe reformarse el artículo 27, apartado A, del RLOPSRM, para adicionar una fracción en la que se establezca como requisito de la propuesta económica, los cargos adicionales, pues si estos son considerados por el propio RLOPSRM, (artículos 154 y 189), como parte integrante de los precios unitarios, resulta indispensable que los contratistas los incluyan en sus propuestas el análisis, cálculo y determinación de los mismos, igualmente en los análisis de todos y cada uno de los conceptos de obra a ejecutar en cada caso.

Séptima.- Se propone reformar el RLOPSRM, en sus artículos 27, apartado A, fracción VII, y 37, apartado A, fracción VI, para que establezcan con claridad que es obligación del licitador formular el análisis, cálculo y determinación del cargo por utilidad, en forma desglosada, incluyendo con detalle las cantidades que pagará por concepto de los diversos impuestos que se generarán con motivo de la ejecución del contrato, ya que actualmente la norma es laxa en ese punto, al prever que en la evaluación de las propuestas no es necesario que se presente en forma desglosada el cargo por utilidad, lo cual impide determinar si existe cuando menos la intención de pagar los impuestos que se generen y consecuentemente la solvencia económica de la propuesta.

Octava.- Se plantea efectuar una reforma a los artículos 34, 35, 83, 84, 85, de la LOPSRM, y 22 del RLOPSRM, a efecto de que se permita a los participantes en cada procedimiento licitatorio oponerse a que en los pliegos de requisitos o bases de la licitación, se establezcan requisitos o exigencias que vulneren sus derechos, o tornen excesivamente onerosas las propuestas, mediante la interposición de una inconformidad dentro de las 24 horas siguientes a la celebración de la junta de aclaraciones, para lo cual, en su caso ha ampliarse el plazo de substanciación de las licitaciones y permitir la tramitación del recurso que ha de ser sumaria, iniciándose en la junta de aclaraciones y terminándose cinco o siete días hábiles después.

Novena.- Se considera que deben reformarse la LOPSRM y el RLOPSRM, para efecto de que se incluya como requisito de la propuesta económica, la presentación de una garantía de seriedad de la proposición, a efecto de certificar la aplicación de una sanción pecuniaria a los contratistas para inhibir el incumplimiento tanto de la no presentación de la propuesta como de formular propuestas contrarias a derecho.

Décima.- Se propone reformar los artículos 27, fracción II, 41, 42, 43, y 44 de la LOPSRM, a efecto de establecer que en los procedimientos denominados "Invitación a cuando menos tres personas", sean celebrados invitando únicamente a los contratistas que hayan participado en licitaciones públicas durante el ejercicio inmediato anterior, habiendo presentado cuando menos una propuesta técnica declarada como solvente, esto es, que se haya realizado la apertura de su propuesta económica, aún cuando no hubiesen resultados ganadores. Esto debido a que ello los habilita como contratistas idóneos desde el punto de vista técnico y económico, lo que les otorgará el derecho a ser invitados a participar en igual número de ocasiones a todos y cada uno de ellos, en las licitaciones por invitación directa, estableciendo que la participación mínima en tales procedimientos será de cinco contratistas, para quienes será obligatorio participar en dichos procedimientos de selección presentando propuesta en cada caso y sancionando la omisión que, en su caso, sea cometida.

Décima Primera.- Se plantea reformar el artículo 47 de la LOPSRM, a efecto de establecer que al Estado le resulta obligatorio celebrar el contrato con el contratista seleccionado en el procedimiento de contratación que corresponda, por lo que únicamente podrá no hacerlo cuando medie una razón de interés público, pues de lo contrario procederá sancionar a los servidores públicos que incumplan con esa obligación sin causa justificada, además de otorgar una indemnización integral al contratista afectado.

Décima Segunda.- Se propone reformar el penúltimo párrafo del artículo 1º de la LOPSRM y abrogar el artículo 3º del RLOPSRM, además de adicionar al reglamento en diversos artículos para efecto de que se regulen los términos, forma y porcentajes para la aplicación de penas convencionales, estableciendo distintos rangos en atención al objeto y naturaleza de cada contrato; al igual que en tratándose de garantías relativas a la correcta inversión de

los anticipos y cumplimiento de contrato; establecer los criterios que determinen la factibilidad de utilizar los mecanismos de puntos y porcentajes en la contratación de servicios, esto es, cuando se substanciará una licitación o un concurso; los criterios para determinar que las bases de la licitación serán entregadas gratuitamente, los procedimientos para ampliar el plazo de los contratos; al igual que los requisitos necesarios para la formalización de convenios modificantes o adicionales de los contratos. En cuanto a lo señalado en las fracciones I y II del artículo 3º del RLOPSRM, incluirlas en los manuales de organización y procedimientos a que se refiere el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Décima Tercera.- Se opina que debe reformarse el artículo 3º de la LOPSRM a efecto de que exprese que obra pública es todo trabajo que tenga como objeto la creación, construcción, conservación o modificación de los bienes inmuebles o de capital de los órganos del gobierno que ejerzan la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, ya sea que estos pertenezcan al poder ejecutivo, legislativo o judicial, o sean órganos con autonomía constitucional.

Décima Cuarta.- Se propone reformar la LOPSRM y el RLOPSRM, a efecto de incluir en dichas normas sendos capítulos que normen la ejecución de obras públicas bajo la modalidad de contratos de concesión de obra y de contratos de obra pública por comodato. Lo anterior para efecto de que la nueva Ley General de Obra Pública, ya propuesta regule de forma integral la materia, evitando dispersiones normativas al concentrar en un solo cuerpo legal todo tipo de gestión de la obra pública.

Décima Quinta.- Se plantea reformar el quinto párrafo del artículo primero de la actual LOPSRM, el 18 de la Ley General de Deuda Pública y el 30 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, para efecto de prohibir la celebración de contratos con recursos extrapresupuestales en materia de energía eléctrica y petrolera, comúnmente conocidos como proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, en razón de ser contrarios a los principios constitucionales previstos en los artículos 25, cuarto párrafo, 27, párrafos cuarto, quinto y sexto, y 28, cuarto párrafo. Alternativamente, sería necesario

reformular dichos preceptos constitucionales para efecto de que se permita expresamente la inversión privada en las materias que actualmente existe una prohibición o limitación de carácter constitucional.

Décima Sexta.- Se propone reformar la LOPSRM y el RLOPSRM, a efecto de incluir en ambas normas la regulación del contrato de coste y costas como una modalidad del contrato de obra pública, especialmente, porque en el ámbito federal resulta indispensable contar con un contrato que facilite la ejecución de obras públicas para superar las emergencias que se suscitan con motivo del acaecimiento de fenómenos naturales, ya que el pago de los recursos aportados por una parte y el establecimiento de costos indirectos en amplio sentido evita severas dilaciones en la formalización de los contratos, o bien, de los pagos, ya que los precios unitarios han de ser analizados con posterioridad a la terminación de los trabajos, lo que ocasiona daños y perjuicios a los contratistas de forma injustificada.

Décima Séptima.- Se considera que deben reformarse los artículos 45, fracción II, de la LOPSRM, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, y 197 del RLOPSRM, para efecto de establecer que el precio alzado es una modalidad en el pago del contrato de obra pública, pero que en la medida que se definan los proyectos de ingeniería y arquitectura, se establecerán precios unitarios para implantar el monto definitivo a pagar por la realización de los trabajos, dejando de lado toda la terminología que se ha inventado para pretender sustantivar dicha modalidad de contrato, tal como red de actividades, cédula de avances y de pagos programados, programa de ejecución de los trabajos, y desglose de las actividades constructivas o de prestación de servicios, como una forma diferente de establecer el monto y forma de controlar la ejecución de las obras públicas.

Décima Octava.- Se plantea reformar los artículos 66 de la LOPSRM, 64, 65 y 66 del RLOPSRM, para efecto que se amplíe a cinco o tres años la garantía de vicios ocultos, la cual ha de incluir el caso de ruina de la obra, además de que la ampliación del plazo de vigencia de la misma la empata con los plazos para fincar responsabilidades a los servidores públicos.

Décima Novena.- Se propone reformar y adicionar con nueve fracciones el artículo 46 de la LOPSRM, para efecto de que establezca que con claridad, el contenido de las declaraciones mínimas que deben contener los contratos y de las estipulaciones debiendo agregar que han de incluir pactos específicos en materia de:

- A.- La disponibilidad de dictámenes, permisos, licencias, derechos para el uso de bancos de materiales y del inmueble o inmuebles;
- B.- El establecimiento de la superintendencia de construcción, y las normas a que se sujetará el nombramiento y la permanencia del representante de la contratista en el sitio de la obra;
- C.- La independencia de las relaciones laborales del contratista con sus trabajadores y el ente estatal contratante;
- D.- La responsabilidad del contratista en la ejecución de la obra;
- E.- Las normas bajo las que se ejercerá la facultad de dirección y control de la obra;
- F.- Las modificaciones al contrato;
- G.- Las normas a que, en su caso, se sujetará la suspensión de los trabajos o la terminación anticipada del contrato;
- H.- Los descuentos por concepto de pago de derechos (cargos adicionales) y cuotas a asociaciones de tipo gremial; y
- I.- La jurisdicción y competencia de tribunales en caso de conflicto entre las partes, diferente al de cuestiones técnico administrativas.

Vigésima.- Se plantea reformar las fracciones III, IV, VII, y XI del artículo 84 del RLOPSRM, para efecto de establecer que las actividades previstas por dichas fracciones son responsabilidad exclusiva de los titulares de las unidades administrativas encargadas de la planeación programación, presupuestación y contratación, de las obras públicas en cada ente estatal, quienes tendrán la obligación de realizar dichos trámites y entregar al residente de obra la información que corresponda con la debida oportunidad.

Vigésima Primera.- Se propone reformar el artículo 52 de la LOPSRM, a efecto de que regule de manera integral el replanteo de las obras, con los alcances que la doctrina jurídica

le ha dado dicho conceptos, es decir, que incluya la entrega de los terrenos, el deslinde de los mismos, el amojonamiento de éstos, la demostración fáctica de ejecución del proyecto, y la entrega de las licencias, permisos y autorizaciones indispensables para la ejecución de los trabajos, otorgando un plazo específico para la realización de esta actividad, la cual ha de constar en acta circunstanciada, prohibiendo el inicio de los trabajos ante su omisión sancionando a quien que por negligencia, ineptitud, dolo o mala fe, evite su realización.

Vigésima Segunda.- Se considera que debe reformarse el RLOPSRM, en su artículo 27, inciso A, fracción I, tercer párrafo, y X, segundo párrafo, para efecto de que establezca que en los casos en que se prevea la entrega del complemento de los análisis de los precios unitarios, los que deberán ser congruentes con el presupuesto presentado y el programa de ejecución general de los trabajos que considere todos y cada uno de los conceptos que integran la propuesta, sancionado al contratista con la prohibición de iniciar la ejecución de los trabajos, en el supuesto de que no se haya entregado el programa general de ejecución de los trabajos, mismo que ha de ser aprobado o rechazado por el ente estatal contratante en un plazo máximo de tres días hábiles, estableciéndose la afirmativa ficta en caso de silencio respecto de la aprobación o rechazo del documento.

Vigésima Tercera.- Se plantea reformar los artículos 95 y 96 del RLOPSRM, para efecto de establecer la obligación de señalar en notas de bitácora periódicas, los recursos con que cuenta la contratista en el sitio de la obra para el cumplimiento del contrato, tales como mano de obra real y programada, acopio de materiales, existencia en el sitio de maquinaria y equipo de construcción, en comparación con los recursos programados; señalar el avance físico y el financiero, programado y real de la obra a la fecha de corte de cada estimación o certificación de obra ejecutada; en caso de atraso en el plazo de ejecución, por causas no imputables a la contratista, señalar las notas de bitácora en que se dio cuenta de las circunstancias que dieron lugar a ello; y en el supuesto de que los atrasos le sean imputables las acciones tomadas para compeler a la contratista al estricto cumplimiento del programa general de ejecución de la obra. Señalando adicionalmente que las notas de bitácora son actos administrativos emitidos por el órgano estatal contratante en ejercicio de sus facultades

de dirección y control de la obra, lo cual debe ser del conocimiento del contratista para efecto de que oportunamente pueda optar por usar los medios de defensa que la ley le confiere.

Vigésima Cuarta.- Se propone reformar los artículos 54, de la LOPSRM, 98, 99, 100, 101, 102 y 103, del RLOPSRM, para efecto de que se establezca la existencia de estimaciones o certificaciones de obra por concepto de por acopio, estableciendo que son aquellas cuyo contenido se refiere a los materiales o equipo de instalación permanente, que se encuentran en la bodega de materiales del contratista ubicada en el sitio de los trabajos o los materiales o equipos de fabricación especial e instalación permanente en la obra, cuyos anticipos o pagos han sido realizados por la contratista, y acreditados ante el órgano estatal contratante, cuya finalidad reconocer que fueron adquiridos para suministrarlos o instalarlos en la obra, congelando los precios de dichos materiales y/o equipos de instalación permanente.

Vigésima Quinta.- Se considera que deben reformarse los artículos 59 de la LOPSRM, y 69 a 80 del RLOPSRM, a efecto de limitar el ejercicio de la potestas variandi o mutabilidad de los contratos, a la celebración de un máximo de dos convenios adicionales, pues de lo contrario, permitir que la norma permanezca como hasta ahora, implica una autorización de facto para celebrar convenios con la finalidad de eludir el cabal cumplimiento de la ley.

Vigésima Sexta.- Se propone modificar los artículos 116 y 122 del RLOPSRM en lo atinente al pago de la indemnización debida al contratista, en los casos de suspensión o terminación anticipada de la obra para hacerlos acordes a la opinión doctrinal imperante en el sentido que la indemnización al contratista, en dichos supuestos sea integral, esto es, que prevea el pago del daño emergente y del lucro cesante.

Vigésima Séptima.- Se plantea reformar la LOPSRM y el RLOPSRM, a efecto establecer que en los casos de subcontratación, el órgano estatal contratante debe registrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista y del contratista para con el primero, a efecto de que en caso necesario subrogue al contratista cuando este incumpla con sus pagos a los subcontratistas, pero también sancionando severamente su incumplimiento.

Vigésima Octava.- Se propone una reforma a los artículos 46, fracción VIII, 62, fracción II, de la LOPSRM, 56, 57, 58 y 129 tercer párrafo del RLOPSRM, para efecto de establecer con claridad que las llamadas penas convencionales por la norma, son sanciones administrativas de naturaleza pecuniaria, especialmente diseñadas para este contrato, por lo que no derivan de la inclusión de la cláusula penal, sin perjuicio de que también se pacten.

Vigésima Novena.- Se considera que deben reformarse los artículos 64, de la LOPSRM, 136, 137, 139, 140, 141, 142 y 143, del RLOPSRM, a efecto de que establezcan que:

- A.- El acto de verificación de terminación de los trabajos debe constar por escrito en senda acta circunstanciada;
- B.- Que durante el acto de recepción física de los trabajos se realice una última revisión y medición de todos y cada uno de los conceptos de obra ejecutados, para efecto de establecer si lo pagado en todas las estimaciones hasta antes de la de finiquito fue correcto, o bien, se requieren adecuaciones, lo cual también implicará que dichas estimaciones tengan el carácter de provisionales y sólo sea definitiva la de finiquito;
- C.- El finiquito de los trabajos se realice antes del levantamiento del acta de recepción física de los trabajos, ya que con los medios informáticos existentes a la fecha, sólo se requiere de unos cuantos días para formular dicho documento, especialmente si la residencia de obra captura la información cada vez que se autoriza un precio extraordinario o una estimación de obra por trabajos ejecutados, por ajuste de costos, por pago de gastos no recuperables según sea el caso.
- D.- Agregar el contenido del acta administrativa de extinción de contrato al acta de recepción de los trabajos, a efecto de simplificar el procedimiento de terminación del contrato.

Trigésima.- Se propone reformar el artículo 11, fracción VII de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para efecto de que sea competente para conocer de todas las controversias que se susciten con motivo de la interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública que celebren todos los órganos de gobierno federales en uso de la función administrativa desde el punto de vista material u objetivo, a efecto de que en

todos los casos sea un tribunal federal especializado en materia contencioso administrativa, quien resuelva dichas controversias en estricto apego a normas de Derecho Administrativo, ya sea que versen sobre la celebración, cumplimiento, incumplimiento, interpretación, terminación, frustración o rescisión de los contratos de obra pública, sea cual fuere el ente estatal federal que lo haya celebrado.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, Derecho Administrativo Especial, 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

-----, Segundo Curso de Derecho Administrativo, 1ª Edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

-----, Teoría General del Derecho Administrativo, 3ª Edición Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

Berçaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª Ed. Argentina, Ediciones Depalma, 1980.

Bezzi, Osvaldo Máximo, El Contrato de Obra Pública, 2ª Ed, Argentina, Abeledo-Perrot, 1982.

Canals Arena, Jorge Ricardo, El Contrato de Obra Pública, 1ª Ed, México, Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1991.

Carrillo Castro, Alejandro, y García Ramírez, Sergio, Las Empresas Públicas en México, 1º Ed., México, Miguel Ángel Porrúa, S.A., 1983.

Cassagne, Juan Carlos, (Director), Derecho Administrativo, Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, S/E., Argentina, Abeledo Perrot, 1998.

-----, Cuestiones de Derecho Administrativo, 1ª Edición, Deplama, Buenos Aires Argentina, 1987.

-----, El Contrato Administrativo, 1ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

-----, Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992.

Castillo Velasco Del, José María, Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano, 1ª Ed. 1874, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, Núm. 45, 1ª Ed Facsimilar 1994.

Colmenar Luis, Jesús y Colmenares Soto, Pedro, Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª Ed, España, Editorial Trivium, S.A., 1996.

Coscolluela Montaner, Luis, Manuel de Derecho Administrativo, 3ª Ed., España, Editorial Civitas, S.A., 1992.

De la Cueva, Mario, La Idea del Estado, 4ª Ed., México, UNAM-FCE, 1994.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, Compendio de Derecho Administrativo, 2ª Ed., México, Editorial Porrúa S.A., 1997.

Dormí, José Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, 1ª Ed. 2ª Reimpresión, Argentina, Astrea, 1983.

-----, La Licitación Pública, 2ª Ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1995.

-----, Manual de Derecho Administrativo, 1ª Ed., Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987.

Escola, Héctor Jorge, El Interés Público como fundamento del derecho administrativo, 1ª Ed. Argentina, Ediciones Depalma, 1989.

-----, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, S/E, Argentina, Ediciones Depalma, 1977.

-----, Compendio de Derecho Administrativo, 1a Ed., Argentina, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1984, Reimpresión 1990.

Fernández de Velasco, Recaredo, Los Contratos Administrativos, S/E, Ed., 2000, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2000.

Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, 1a Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2000.

Fiorini Bartolomé A., Derecho Administrativo, 2ª Ed., Argentina, Abeledo Perrot, 1995.

Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, 43ª Ed., Revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Editorial Porrúa, S.A., 2003.

García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, 6ª Ed., España, Editorial Civitas, S.A., 1993.

-----, Curso de Derecho Administrativo, 9ª Ed., España, Civitas, 1999.

García-Trevijano Garnica, Ernesto; La Cesión del Contrato Administrativo. La Subcontratación, 1a Ed, España, Cuadernos Cívitas, 1997.

Garrido Falla, Francisco, Tratado de Derecho Administrativo, 9ª Ed, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989.

González Pérez, Jesús, Procedimiento Administrativo Federal, 1ª Ed. México, Porrúa-UNAM, 1995.

Gordillo, Agustín, Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª Ed., Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

Granillo Ocampo, Raúl Enrique, Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, La Cláusula Penal, S/E, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1981.

López-Elías, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, 1ª Ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999.

Lucero Espinosa, Manuel, La Licitación Pública, 1ª Ed., México, Porrúa, S.A., 1993.

Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, 6ª Ed., Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1996.

Martínez Alfaro, Joaquín, Los Contratos derivados del Artículo 134 Constitucional, 2ª Ed, México, Porrúa, S.A., 1993.

Morales-Paulín, Carlos A, El Proceso Administrativo Público, 1ª Edición, México, Porrúa, 1999.

Parada, Ramón, Derecho Administrativo I, 12ª Ed, Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, 3ª Ed, México, Editorial Porrúa, S.A., 1995.

Ramírez Gómez, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Monografías Jurídicas 2ª Serie, 1ª Ed., Colombia, Editorial Temis, 1990.

Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, 22ª Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1999.

Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 20ª Ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 2004.

Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, Segundo Curso, 17ª Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1996.

Varios Autores (Asociación Argentina de Derecho Administrativo), Contratos Administrativos, 1ª Ed. Reimpresión, Argentina, Astrea, 1988.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 7ª Ed, México, Editorial Porrúa, S.A., 1998.

ACUERDOS.

Acuerdo General 43/2000, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se determina la creación del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2000, y en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, de Agosto de 2000, de la Novena Época.

Acuerdo General 75/2000, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que fija las bases para que las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios y Obra Pública en el Consejo de la Judicatura Federal, se ajusten a los criterios contemplados en el Artículo 134 Constitucional, emitido el 10 de noviembre de 2000 y publicado en el Tomo XII del mes de noviembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración 1/98 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determinan los Procedimientos para las Contrataciones Requeridas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VII, del mes de enero de 1998, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración 20/99 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 1º de junio de 1999, por el que se Establecen los Procedimientos para la Contratación de Obras, Adquisición y Desincorporación de Bienes, Usos y Servicios Requeridos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Tomo XII, del mes de agosto de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración 24/99 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determinan las Políticas, Normas y Lineamientos para el ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Suprema Corte De Justicia de la Nación, publicado en el Tomo XII, del mes de agosto de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración 24/99 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determinan las Políticas, Normas y Lineamientos para el ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Suprema Corte De Justicia de la Nación, publicado en el Tomo XII, del mes de agosto de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración 3/97 de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determinan las Políticas, Normas y Lineamientos para el Ejercicio del Presupuesto de Egresos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo V, de mayo de 1997, de la Novena Época.

Acuerdo General de Administración número 1/96, de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 23 de febrero de 1996, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, de febrero de 1996, de la Novena Época.

Acuerdo General Número 32/1998, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que fija las Bases para que las Adquisiciones, Arrendamientos, Prestación de Servicios y Obra Pública en el Consejo de la Judicatura Federal, se ajusten a los criterios contemplados en el Artículo 134 constitucional, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de septiembre de 1998 y el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo VIII, de Septiembre de 1998, de la Novena Época.

Acuerdo General Número 9/1999, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece el Rol de Diarios Nacionales a los que se encomendará la publicación de determinados Avisos, Convocatorias y Esquelas del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 1999 y el Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta, en el Tomo IX del mes de marzo de 1999, de la Novena Época.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas aprobó las secciones 3 y 4 de las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de enero de 1982.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió el Inciso 3.4., de las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y servicios relacionados con las mismas, para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 1982, denominado "Del Contrato de Obra Pública a Precio Alzado".

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió el inciso 3.5 del Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 15 de febrero de 1982.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas emitió la sección 5, Lineamientos para la integración de precios unitarios y el procedimiento para el ajuste de los mismos, de las reglas generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la administración pública federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de octubre de 1982.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, emitió el Inciso 3.7., "De los Trabajos Menores de Conservación y Mantenimiento." Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de febrero de 1982.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, emitió el Inciso 5.9 Lineamientos para la Integración de Precios Unitarios y el Procedimiento para el Ajuste de los mismos, de las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras

públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la administración pública federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 15 de octubre de 1982.

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, emitió las Reglas Generales numeradas de la 5.1. a la 5.8., de la Sección 5 denominada Lineamientos para la integración de precios unitarios y del procedimiento para el ajuste de los mismos, relativos a la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de julio de 1983.

Acuerdo por el que se expide el Clasificador por Objeto del Gasto para la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de octubre de 2000.

Acuerdo que establece la información relativa a los procedimientos de licitación pública que las dependencias y entidades de la administración pública federal deberán remitir a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo por transmisión electrónica o en medio magnético, así como la documentación que las mismas podrán requerir a los proveedores para éstos acrediten su personalidad en los procedimientos de licitación pública. Emitido el 07 de abril de 1997, por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril de 1997.

DIARIOS OFICIALES DE LA FEDERACIÓN.

13 de enero de 1986.

28 de diciembre de 1983.

7 de febrero de 1985.

9 de enero de 1990.

18 de julio de 1991.

31 de diciembre de 1984.

7 de enero de 1988.

LEGISLACIÓN.

Bases y Normas para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realicen las dependencias a que se refiere la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Código Civil Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Compilación de las Constituciones de los Estados de la República.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

Ley de Obras Públicas.

Ley de Planeación.

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Publico Federal.

Ley del Banco de México.

Ley del Servicio de Inspección Fiscal.

Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Publico.

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Ley General de Bienes Nacionales.

Ley General de Protección Civil.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley que reforma, adiciona y deroga, diversas disposiciones en materia fiscal, para 1982.

Manual de Normas Presupuestarias para la Administración Pública Federal.

Reglamento de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Reglamento de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

Reglas de Operación del Fondo de Desastres Naturales.

OFICIOS CIRCULARES.

Circular Núm. SP/100/1644/97, emitida por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo el 7 de julio de 1997 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 1997.

Oficio Circular de fecha 17 de enero de 1994, emitido y publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación con fecha 19 de enero de 1994.

Oficio Circular de fecha 30 de mayo de 1994, emitido y publicado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Diario Oficial de la Federación con fecha 13 de junio de 1994, que modificó y adicionó el Oficio Circular de fecha 17 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de enero de 1994.

Oficio Circular Núm. SP/100/107/96, de fecha 10 de septiembre de 1996, emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Oficio Circular Núm. SP/100/1217/96, emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, con fecha 26 de septiembre de 1996 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de octubre de 1996, que contiene los Lineamientos y criterios para que en los procedimientos de licitación pública e invitación restringida y en lo relacionado con la ejecución y cumplimiento de los contratos de adquisiciones, obras públicas y servicios de cualquier naturaleza, se observe estrictamente lo dispuesto por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, complementario al Oficio Circular Núm. SP/100/252/96, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre de 1996.

Oficio Circular Núm. SP/100/252/96, de fecha 12 de marzo de 1996, emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y publicado el día 15 de marzo de 1996.

Oficio Circular Núm. SP/100/429/95, de fecha 14 de agosto de 1995, fue emitido y publicado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1995.

Oficio Circular Núm. SP/100/507/95, de fecha 06 de diciembre de 1995, emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de diciembre de 1995.

Oficio Circular número 005, relativo a las características que deberán contener las publicaciones de los fallos de las licitaciones públicas, en materia de adquisiciones, y arrendamiento de bienes muebles, prestación de servicios de cualquier naturaleza, así como de obra pública, a las que deberán sujetarse las dependencias y entidades de la

Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 8 de abril de 1994.

Oficio sin número y sin fecha fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de enero de 1996, y emitido por los Secretarios de Hacienda y Crédito Público, de Comercio y Fomento Industrial, y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, que deja sin efectos el Oficio-Circular número SP/100/507/95 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1995, respecto de las licitaciones sujetas a los tratados internacionales.

DICCIONARIOS

Bobbio, Norberto y Matteucci, Nicola, Diccionario de Política, Tomo II, Ed Siglo XXI Editores, 1ª Edición en Español 1982, Redactores de la Edición en Español José Arico y Jorge Tula. Págs. 1075 a 1080.

PÁGINAS WEB

www.shcp.gob.mx

www.scjn.gob.mx

www.cfe.gob.mx

www.pemex.gob.mx