



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**NECESIDAD DE CREAR EL PROCEDIMIENTO PARA
REINTEGRAR PAGOS EN EXCESO EN EL CONTRATO
DE OBRA PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
FAUSTINO MAGAÑA TRUJILLO**

ASESOR: LIC. MA. DEL CARMEN BOLAÑOS FAJARDO



SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

2005

AGRADECIMIENTOS

A mi Padre Celestial: Dios y Padre de Jesucristo.

Por darme la Fe y la Libertad que siempre busqué y necesité, por llegar a tiempo a mi vida para restaurarla, por sustentarme hasta este momento, por hacer posible todas las cosas buenas que he recibido, por llenarme de su paz, esperanza y confianza necesarias para permanecer firme y no desmayar ni en los tiempos mas adversos; por la vida que hace posibles todas las cosas, a Él mi eterno agradecimiento.

A mis padres espirituales: Joel, Alejandro, Bertoldo y Juan.

Por las palabras duras pero necesarias para conocerme a mi mismo dándome la oportunidad de cambiar mi vana y mala manera de vivir, por sus consejos que han resultado ser tan indispensables para adquirir conciencia, seguridad y convicción; por su paciencia, bondad y afecto; por su amistad y disposición permanente al auxilio; a ellos mi agradecimiento eterno.

A mis hijos: Itzael e Ilhuicatl Ricardo.

Por ser un antes y después en mi vida, por su obediencia y buena voluntad, por su dedicación y esfuerzo para ser mejores cada día, por la ternura que inspiran, por la razón de ser que representan, por la honra que prodigan, por la inocencia y el equilibrio que ofrecen, les amo entrañablemente.

A mis padres: Austreberto y Jovita.

Por su entrega y cuidados que grabaron en mi mente y en mi corazón su ejemplo, por alimentarme no solo con pan sino también con amor y ternura, por hacer de mi infancia la etapa mas feliz de mi vida, por la armonía familiar que defendieron contra si mismos, por los valores que practicaron poniendo todo lo bueno de su parte para edificar nuestra vida, por su recuerdo que perdura, les amo con gratitud.

A mi familia espiritual: La Iglesia.

Por la compañía, el afecto, la amistad, la paciencia, la colaboración y el consejo que me ha brindado.

A m i s h e r m a n o s :

Delia: Por sus consejos y buen ejemplo en la fortaleza y tenacidad para alcanzar buenos propósitos, aun en contra de la adversidad; por su perseverancia en no olvidar sus raíces y estar amorosamente presente en nuestra vida diaria, a pesar del tiempo y la distancia; por su esperanza y anhelo de un día volver a nosotros: su patria y su familia

Tencha: Por su actitud apacible y comprensiva en la que siempre he encontrado refugio y consejo edificador, por sus atenciones y auxilio en momentos difíciles, por su compañía y convivencia persistente sin importar la distancia o la economía, por su sencillo corazón para regalar afecto sin pedir nada a cambio.

Andrés: Por su buen corazón que sin esperar también me ha alimentado, por el apoyo material que me ha brindado en tiempos difíciles, por sus sencillas pero grandes ideas que siempre me ha compartido; por el respeto, la paciencia y la tolerancia que me ha regalado en nuestras diferencias; por la firmeza, apoyo y consejo que me ha dado en nuestras coincidencias; por su compañía, convivencia, amistad, afecto y confianza que siempre me ha otorgado.

Chava: Por sus amenas y divertidas charlas que han mantenido el recuerdo y el conocimiento de nuestros ancestros, por su auxilio y apoyo en momentos difíciles, por su sensibilidad en los pequeños grandes detalles que alimentan mas que las palabras nuestra relación, por su afectuoso corazón de niño que en los momentos definitivos vence al del hombre.

Rosy: Por su sencillo buen humor, que sin importar la distancia o las circunstancias, contagia alegría y olvido de la aflicción; por sus sinceros cuestionamientos que me han llevado a la reflexión objetiva; por su confianza al compartir sentimientos y emociones en la familia y en la comunidad, por la oportunidad de convivir con su familia.

A Clara Ruiz:

Por el apoyo y atenciones que en su casa me ha brindado, por ser buena compañera de mi hermano.

A mis sobrinos: Toño y Gaby.

Por su tierna sonrisa que invariablemente me han brindado como saludo desde sus primeros días hasta su juventud de hoy.

**A mis maestros y autoridades de la
ENEP y FES Aragón.**

Que con espíritu de servicio casi anónimo me enseñaron no solo el conocimiento técnico académico, sino también principios, hábitos y costumbres en la ética y en la disciplina.

A mi maestro Fernando Pineda Navarro.

Que con su disciplina en la enseñanza histórica académica del derecho sembró en mí el amor por la ciencia jurídica, que como imán me atrajo una y otra vez, impidiéndome abandonar completamente mis estudios.

A mi maestro Andrés Cruz Mejía.

Por darme la oportunidad de una relación que resultó ser mas académica que laboral, durante la cual, con respeto y consideración me enseñó mis primeros pasos en los tribunales y en la práctica procesal, motivando y animando siempre con su paciencia y conocimiento, resaltando los aciertos y minimizando los errores.

A mi asesora Lic. Ma. Del Carmen Bolaños Fajardo

Por su tiempo y disposición que implicó conducirme en el presente trabajo de tesis, dándome la motivación, la seguridad y la certeza necesarias para concluirlo oportunamente.

A Ileana Benítez.

Que desde el primer momento en mi servicio social me involucró en el estudio sustantivo del contrato de obra pública, valorando y motivando en todo momento mi empeño por serle apoyo y por aprender de esa novedosa materia, de la cual derivó el tema de la presente tesis

A Celina Valadéz.

Por regalarme su amistad y compañerismo, que perdura a pesar de los años por su buena voluntad y disposición; por su confianza para compartir experiencias y proyectos profesionales.

A Socorro y Andrea:

Por el tiempo y la vida que compartieron conmigo, enfrentando la adversidad con su mejor esfuerzo; por la experiencia y la enseñanza que representan, contribuyendo a un claro futuro.

A los integrantes del Jurado.

- 1.- Presidente: Mtra. Janette Yolanda Mendoza Gándara.
- 2.- Vocal: Mtro. Francisco Jesús Ferrer Vega.
- 3.- Secretario: Lic. Ma. Del Carmen Bolaños Fajardo.
- 4.- 1er Suplente: Lic. Rocío Contreras Malvaez.
- 5.- 2do. Suplente: Lic Héctor Huitrón Cruz.

Por sus observaciones, comentarios, orientaciones y reconocimientos que contribuyeron a enriquecer el presente trabajo de tesis.

A mi Universidad Nacional Autónoma de México

Por las puertas abiertas que bondadosamente siempre me ha ofrecido a pesar de mis ausencias.

A mi Nación Mexicana.

Por el privilegio de pertenecer a ella y sentir el respaldo y la fortaleza de su pueblo, lo que también hizo posible el presente esfuerzo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1. GENERALIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	1
1.1.1. Concepto.....	1
1.1.2. Organización.....	3
1.1.3. Funciones y propósitos.....	10
1.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	27
1.2.1. Concepto.....	27
1.2.2. Características.....	28
1.2.3. Ubicación doctrinal.....	31
1.2.4. Desarrollo.....	36
1.2.5. Principios.....	45
1.2.6. Sujetos y objeto.....	47
1.2.7. Ámbito de aplicación.....	53

CAPÍTULO 2

CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	55
2.2. UBICACIÓN DOCTRINAL Y LEGAL.....	59
2.3. CARACTERÍSTICAS.....	67
2.4. PRINCIPIOS.....	72
2.5. ELEMENTOS.....	74
2.6. CLASES.....	82
2.7. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	88

CAPÍTULO 3
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	91
3.2. UBICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL.....	94
3.3. ELEMENTOS Y REQUISITOS.....	94
3.4. CARACTERÍSTICAS Y MARCO LEGAL.....	95
3.5. CONTENIDO.....	101
3.6. CLASES O MODALIDADES.....	107
3.7. GARANTÍAS.....	110
3.8. DERECHOS Y OBLIGACIONES.....	113

CAPÍTULO 4
PROCEDIMIENTO PARA REINTEGRAR PAGOS EN EXCESO EN EL CONTRATO
DE OBRA PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL

4.1. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO.....	117
4.2. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PAGO EN EXCESO.....	119
4.3. DEMOSTRACIÓN DEL PAGO EN EXCESO.....	128
4.4. OBLIGACIÓN DE REINTEGRAR LOS PAGOS EN EXCESO.....	145
4.5. LO QUE ALGUNAS LEGISLACIONES ESTABLECEN AL RESPECTO.....	146
4.5.1. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y su Reglamento.....	146
4.5.2. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y su Reglamento.....	148
4.5.3. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados y su reglamento.....	149
4.6. EL PROCEDIMIENTO QUE SE PROPONE.....	149
4.6.1. Efectos jurídicos.....	167
4.6.2. Efectos económicos.....	168
CONCLUSIONES.....	171
BIBLIOGRAFÍA.....	175

INTRODUCCIÓN

Durante nuestro servicio social en la "Unidad Departamental de Asuntos Civiles de la Dirección General de Servicios Legales, de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal", al estudiar el Contrato de Obra Pública nos llamó la atención que tal contrato contemple la posibilidad de que la Administración Pública Contratante pague en exceso cantidades a la contratista, quien se obliga a devolverlas con determinados intereses. Pero aún cuando la *Ley de Obras Públicas del Distrito Federal* establece que el particular contratista debe reintegrar a la Administración contratante tales cantidades, no establece el procedimiento para ello, aunque sí manda que el contrato de obra pública debe contener la forma en que el contratista reintegrará a la contratante dichas cantidades pagadas en exceso. Sin embargo ésta forma de reintegro que la ley ordena ser parte del contrato, tampoco se contempla en la ley o su reglamento, generando con ello un vacío jurídico que da lugar a que sean las partes quienes de manera discrecional establezcan dicha forma de reintegrar los pagos en exceso hechos al contratista, o a que en todo caso sólo reproduzcan en el contrato el texto legal respectivo que, como se podrá apreciar en el contenido del presente estudio, se limita a establecer la obligación del contratista de reintegrar a la Administración, con determinados intereses, los pagos en exceso que ésta le hubiere hecho.

La discrecionalidad generada por el vacío jurídico de que se habla en el párrafo anterior, creemos que es contraria a los propósitos de la Administración Pública toda vez que, históricamente el contrato de obra pública y ésta en general, son áreas económicas o financieras de la Administración Estatal con un alto grado de corrupción que sangran en buena medida los recursos públicos que allí se manejan. Por ello creemos que la discrecionalidad, aun cuando es válida en otras áreas de nuestra normatividad, en éste caso no debe permitirse por la trascendencia que tiene la obra pública dentro de las actividades del Estado.

Son pues la ambigüedad y vacío jurídico de la ley que sobre procedimiento para reintegrar pagos en exceso contiene, la discrecionalidad que ello genera y la trascendencia de la actividad contractual estatal en obra pública, lo que nos motivó a realizar el presente estudio de tesis. A partir de las referencias de otras áreas de nuestro Sistema Jurídico donde ya existen expresamente procedimientos para reintegrar pagos en exceso, en particular la fiscal, tratándose de los pagos que indebidamente los contribuyentes hacen al Fisco, consideramos necesario, congruente y posible que también en materia contractual estatal, y en particular de obra pública, exista normatividad expresa que permita realmente a la Administración recuperar los pagos que en exceso haga a los particulares con quienes contrata. Para alcanzar tal propósito nos planteamos primeramente encontrar o elaborar un concepto claro y completo del pago en exceso en el contrato de obra pública, y al no encontrarlo en nuestra normatividad al respecto, nos dimos a la tarea de elaborarlo a partir de los conceptos y circunstancias que la doctrina y la ley contienen, y dentro de los cuales ubicamos el pago indebido civil, figura que estudiamos principalmente en el aspecto de los vicios del consentimiento como el error o la mala fe, por ser estos precisamente los que caracterizan en su naturaleza, tanto al pago en exceso como al indebido civil.

Una segunda referencia que nos guió en el presente estudio fue el hecho de que la Ley de Obra Pública local sí contiene procedimientos en otras áreas o circunstancias de la contratación de obra pública, tales como la licitación, la presentación y evaluación de propuestas, o la adjudicación, donde la ley y reglamento locales evitan en buena medida la incertidumbre jurídica para las partes, lo cual, como ya se mencionó no sucede en cuanto al reintegro de pagos en exceso. Ante ésta realidad nos propusimos estudiar el procedimiento administrativo para determinar su aplicación concreta en el tema de ésta tesis, y nos encontramos con que dicho procedimiento se constituye por actos administrativos y que éstos son el sustento de la función pública, por lo que se nos planteó la disyuntiva de donde ubicar ahora el necesario estudio del acto administrativo, ya que tal figura se ubica implícitamente tanto en el punto de

procedimiento administrativo por ser su materia, como en el punto de las funciones y propósitos de la Administración Pública por ser el sustento de ésta. Para resolver ésta disyuntiva encontramos que el procedimiento administrativo es también, además de un conjunto de trámites y formalidades ordenados y metodizados en la ley, un instrumento de control administrativo, y que éste a su vez es uno de los propósitos fundamentales de la Administración, por lo que decidimos ubicar el estudio del acto administrativo en el segundo punto, es decir el que se refiere a las funciones y propósitos de la Administración Pública, que se ubica en la primera parte del capítulo uno.

En el segundo y tercer capítulos estudiamos el contrato administrativo en general y el de obra pública en particular, para cuya caracterización, ubicación y distinción del contrato civil, partimos de la doctrina civil abundando en la clasificación de ésta naturaleza. La ley administrativa por su parte también se basa en el derecho civil, pero en ambos casos se desemboca en un régimen exorbitante del derecho civil, figura que se estudia en esta tesis con mas o menos amplitud, como característica y naturaleza del contrato administrativo.

En el último capítulo, para hacer la propuesta de procedimiento materia de esta tesis, creímos necesario estudiar antes el pago desde el punto de vista de la legislación y doctrina civil, ubicando aquí el estudio del pago de lo indebido y de los vicios del consentimiento, como los dos pilares fundamentales de nuestro concepto de pago en exceso que en ese mismo espacio plasmamos. Un segundo aspecto de éste último capítulo que nos requirió mayor profundidad de la prevista fue la demostración del pago en exceso, puesto que no sabíamos como abordarlo toda vez que la doctrina y legislación que consultamos no contienen nada al respecto, pero teniendo ya nuestro propio concepto de pago en exceso y habiendo revisado la ley local y su reglamento, ubicamos las principales áreas financieras del contrato de obra pública susceptibles de generar pagos en exceso al contratista, tales como la de anticipos, ajuste de costos, reembolso de gastos al contratista, precios o supervisión, abordando así la demostración del pago en

exceso desde el punto de vista jurídico, doctrinal y preventivo; es decir concibiendo la demostración mas que como el trámite técnico procesal, como la ubicación de las circunstancias sustantivas donde la Administración tiene altos riesgos de realizar pagos en exceso, y establecer allí mecanismos jurídicos y procedimentales tanto para prevenir dichos pagos como para su reintegro. En éste sentido va nuestra propuesta de procedimiento para reintegrar pagos en exceso en el contrato de obra pública, lo cual hicimos en dos vertientes: una mediante un agregado a la ley local que contiene el procedimiento en varias fracciones a fin de hacer posible realmente el reintegro en cuestión, y otra mediante la reforma de varios artículos del mismo ordenamiento que tratan precisamente de las áreas mas susceptibles de generar los pagos en exceso, a fin de evitarlos.

CAPÍTULO 1

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1. GENERALIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1.1. CONCEPTO.

1.- **Gramatical.**- En general administración es la acción de administrar o servir porque se deriva del latín *ministrare*, servir; y lo público es lo notorio, lo manifiesto o lo evidente. Por lo tanto, administración pública es la acción de servir en asuntos notorios, manifiestos o evidentes, no privados.

2.- **Jurídico.**- Rafael de Pina establece que administración es la actividad dedicada al cuidado y conservación de un conjunto de bienes de naturaleza pública o privada, con el objeto de mantenerlos en estado satisfactorio, para el cumplimiento de su destino¹ y que la Administración Pública es el conjunto de órganos mediante los cuales, el Estado, las entidades de la Federación, los municipios y los organismos descentralizados, atienden a la satisfacción de las necesidades generales, que constituyen el objeto de los servicios públicos².

3.- **Orgánico.**- Es el aparato que soporta la actividad administrativa estatal o privada³, que tiene una estructura generada por el derecho, y la cual, en el primer caso describe al aparato gubernamental⁴.

4.- **Doctrinal.**- En este campo existe una gran variedad y diversidad de conceptos de administración pública, por lo que nos permitimos enunciar los más importantes:

a.- Conjunto de organismos que realizan los fines del Estado.

¹DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, Porrúa, 11ª ed, México, 1983. p. 58.

²Ibid P. 59.

³GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Administración Pública Contemporánea, McGraw-Hill, México, 1998. P.28.

⁴Ibid. P. 22.

b.- Conjunto de conductas humanas que determinan la distribución y ejercicio de la autoridad política.

c.- Parte más activa, ostensible y visible del Gobierno (Wilson en 1887) o Poder Ejecutivo.¹

d.- Rama de la ciencia política que estudia el aparato administrativo, su funcionamiento, la implícita actividad humana, las decisiones políticas, la estructura y tareas de los órganos, a quienes el poder político ha confiado el interés colectivo y bienestar general.²

e.- Estructura operativa que se divide en centralizada y descentralizada o paraestatal.

f.- Organización especial del Estado que le da personalidad y contenido para que cumpla con el bienestar y desarrollo social, y lleve a cabo su función administrativa y satisfaga los intereses colectivos, sin perjuicio de que otras organizaciones realicen lo mismo.³

g.- Disciplina para coordinar recursos.

h.- Parte del Poder Ejecutivo regulada por el derecho administrativo en su organización, estructura y actividad; aquella que desarrolla la función administrativa para satisfacer necesidades colectivas, mediante una organización jerarquizada, elementos personales y patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos, constituyendo así un conjunto de dependencias (secretarías, departamentos y procuradurías) y entidades (organismos descentralizados o entes paraestatales).

i.- Para Márquez Gómez Daniel es el conjunto de órganos estatales que dependen del Poder Ejecutivo, con una función diferente a la legislativa y judicial, para conseguir el interés público mediante *"...una organización jerarquizada dotada de recursos humanos, patrimonio, orden normativo y técnicas específicas de trabajo"*.⁴ Carrillo Flores, citado por aquel autor, agrega que tal organización *"...tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios"*

¹ Ibid. P. 23.

² Ibid. P. 26.

³ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Porrúa, México, 2001. P. 119.

⁴ MARQUEZ GOMEZ, Daniel. Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública, UNAM, México, 2002, p. 40.

dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política. " ¹. Y finalmente Márquez Gómez precisa que dichos órganos de la Administración Pública están "...estructurados primariamente por el orden jurídico, dotados de competencia para la operación diaria de los servicios públicos, a los que la ley les asigna recursos humanos, materiales, financieros y procedimientos técnicos para el logro de los objetivos que el propio orden normativo les asigna.." ²

La Administración Pública de los entes que producen y ejecutan actos administrativos es activa; la de órganos ejecutivos facultados para resolver conflictos entre gobernados y administración, es contenciosa; y la de los 3 niveles de gobierno, es federal, local y municipal respectivamente. ³

1.1.2. ORGANIZACIÓN

En general, la organización de la Administración Pública como herramienta indispensable del derecho administrativo para que dicha Administración realice la función administrativa, se presenta en formas bien estructuradas, que conforme al artículo 90 Constitucional son la Administración Pública Centralizada y Paraestatal, y conforme al 2º artículo de la Ley Orgánica Federal respectiva, la primera se compone de Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica; y la segunda se compone de organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y fianzas; además de los fideicomisos que señala el artículo 3º.

Por su parte el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, señala en su artículo 87 que será centralizada, desconcentrada y paraestatal, con órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales en que se divida el Distrito Federal. Sin embargo la Ley Orgánica de la Administración Pública del

¹ Idem.

² Ibid. P. 41

³ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 1º y 2º cursos. Harla, 4º ed. , México, 2001, p. 51.

Distrito Federal en sus artículos 2º y 3º, determina que no son tres las clases de Administración Pública, como lo señala el Estatuto, sino solo dos, como lo señala la Constitución: centralizada y descentralizada o paraestatal. En dicha ley orgánica se establece que la Administración Pública Centralizada en el Distrito Federal se integra con la Jefatura de Gobierno, Dependencias (Secretarías, Procuraduría, Oficialía Mayor, Contraloría General y Consejería Jurídica) y órganos desconcentrados (político-administrativos y administrativos); que la descentralizada que menciona el citado Estatuto es parte de la centralizada establecida por él y la Constitución, y que los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales que también señala el estatuto son parte de la Administración Desconcentrada. Finalmente la citada ley establece que la Administración Descentralizada o Paraestatal se integra por las siguientes entidades: organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y fideicomisos públicos.

De lo anterior se desprende que en la Administración Pública del Distrito Federal solo tenemos las dos formas de organización administrativa que la Constitución establece:

1ª Centralizada.- Jefatura de Gobierno, dependencias y órganos desconcentrados, los cuales a su vez pueden ser político-administrativos (delegaciones políticas) y administrativos.

2ª .- Descentralizada o paraestatal.- Conforme a los artículos 40 a 43 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, se forma por las siguientes entidades:

a) Organismos descentralizados: Creados por decreto del Jefe de Gobierno o por Ley de la Asamblea Legislativa, con personalidad jurídica y patrimonio propios; cuyas actividades prioritarias son las de desarrollo económico y empleo, con interés público y beneficio general; así como la conservación de recursos productivos.

b) Empresas de participación estatal mayoritaria: Sociedades en que el Gobierno, o sus entidades paraestatales son propietarios de más del 50% del capital social;

o pueden nombrar a los miembros de sus órganos de gobierno, vetar acuerdos de estos o designar al presidente o director general. Dentro de estas empresas de participación estatal, destacan como figuras de derecho privado, las sociedades civiles, cuya mayoría de asociados son dependencias, entidades o servidores de la administración.

c) Fideicomisos públicos: Son contratos por los cuales la Secretaría de Finanzas como fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado a una institución fiduciaria, para auxiliar al Jefe de Gobierno en sus funciones.

Doctrinalmente estas formas de organización administrativa presentan las siguientes características generales:

1.- En la Administración Pública Centralizada:

1ª.- Es una estructura jurídico política de Estado, que en lo administrativo promueve la aplicación uniforme de las leyes.¹

2ª.- Se compone por entes del poder ejecutivo (Jefatura de Gobierno en el caso del Distrito Federal) estructurados bajo el mando unificado y directo de su titular, con una relación jerárquica que concentra el poder y su ejercicio que permite decisiones unificadas.²

3ª.- La voluntad del órgano superior se impulsa hasta el que la exterioriza o ejecuta, atenuándose esta rigidez jerárquica con la proliferación de organismos colegiados (comités, comisiones, gabinete... etc.)³

4ª.- Concentra atribuciones y facultades administrativas en un solo ente al que se subordinan los demás miembros de la Administración.

5ª.- Implica los siguientes poderes o facultades que el superior posee frente al subordinado:

A.- Decisión.- Señalamiento del superior al inferior del sentido en que debe actuar.

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII, Porrúa-UNAM, 2002, P. 643.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 55

³ Ibid. P. 56.

B.-Nombramiento.- Evaluación y designación de los mas capaces a un empleo público, estableciéndose una relación laboral con el Estado.

C.- Mando.- Orden al inferior del sentido en que debe emitir un acto administrativo.

D.-Revisión.- Examen de actos no definitivos del subalterno, para corregirlos, confirmarlos o cancelarlos.

E.- Vigilancia.- Verificar que la actuación del órgano o servidor inferior sea conforme a derecho.

F.- Poder disciplinario.- Sancionar incumplimiento o cumplimiento no satisfactorio del servidor público.

G.- Poder para resolver conflictos de competencia, ante la duda para determinar órgano o funcionario que resuelva cierto asunto, por oscuridad o vacío de la ley.¹

En virtud de los poderes y facultades descritos y de la subordinación que en todos ellos va implícita, el titular del órgano central puede:

a.- Designar, mandar, supervisar, disciplinar y remover a sus subalternos .

b.- Vigilar o conocer actos del inferior, sus incumplimientos y responsabilidades, mediante visitas, inspecciones, investigaciones, supervisiones o auditorias.

c.- Disciplinar, reprimir o sancionar administrativamente a sus subordinados.

d.- Revisar, suspender, modificar, anular o confirmar actos del inferior

e.-Designar al órgano inferior competente para conocer de un asunto determinado, en el que varios órganos o ninguno de ellos pretenden serlo, evitando así la indeterminación de competencias que pudiera provocar caos o parálisis de la Administración.²

2.- Características de la Administración Pública Desconcentrada:

1ª.-Se integra con entes relacionados jerárquicamente con algún órgano centralizado.

2ª.-Sus órganos no tienen personalidad jurídica propia ni autonomía financiera, pues sus ingresos derivan del presupuesto del órgano central al que pertenecen;³

¹ Ibid. P. 57.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit., P. 647.

³ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 135

tienen autonomía técnica, operativa y funcional; se dedican a cuestiones técnicas no políticas; están sujetos a una política general y directrices globales del órgano central; son creados, modificados o extinguidos por instrumento de derecho público; su competencia deriva de la Administración Central; y sus decisiones más importantes requieren aprobación del órgano del que dependen.¹

3ª.- Es vertical o por materia si el poder decisorio y de competencia se transfieren de un órgano superior a uno inferior, integrante de la misma organización del cedente; o si hay delegación de facultades limitadas a órganos inferiores de la misma dependencia (sucursales).

4ª.- Es horizontal o territorial al crearse oficinas de igual rango en una misma ciudad u otras áreas, y si el órgano central cede poder parcial a varios órganos periféricos, competentes en territorio determinado.

5ª.- Es funcional si a sus órganos se les otorgan facultades de decisión y ejecución limitadas, para actuar con rapidez, eficacia, flexibilidad, autonomía presupuestal, sin romper el nexo jerárquico con el órgano superior.

6ª.- Es regional si sus órganos inferiores se distribuyen geográficamente.

7ª.- Es la primera etapa de la descentralización con cierto grado de autonomía, con actuación más ágil y territorialmente más cerca del gobernado.²

9ª.- Traslada parcialmente competencia y poder decisorio de un órgano superior a uno inferior preexistente o de nueva creación, conservando la relación de jerarquía entre ambos, por lo cual el órgano desconcentrado se mantiene en la estructura de Administración Centralizada.³

10ª.- La norma, la planeación y el control permanecen centralizados, pero no la tramitación y facultad decisoria, que se transfieren al órgano desconcentrado.⁴

11ª.- Contiene las ventajas de:

a.-Acción administrativa rápida y flexible, ahorrando tiempo a órganos superiores y descongestionando su actividad al no tener que resolver todos los asuntos.

¹ GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Op. Cit. P. 53.

²MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 134.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. P. 685.

⁴ Idem.

b.- Actuar cerca de los particulares y aumentar el espíritu de responsabilidad de los órganos inferiores al conferirles la dirección de determinados asuntos.

12ª.- Según Márquez Gómez, es una *"...forma de diluir el poder y la competencia para el despacho de los negocios públicos."*¹

13ª.- Generalmente el órgano administrativo desconcentrado carece de personalidad jurídica, pues está subordinado al órgano central y normalmente la desconcentración es de carácter técnica, administrativa o por servicios.

3.- Características de la Administración Pública Descentralizada o Paraestatal:

1ª.- Se integra con entes de personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado, relacionados indirectamente con el Ejecutivo. La personalidad jurídica propia es una ficción reconocida por el Estado, que permite al organismo ser sujeto de derechos y obligaciones, así como lograr su objeto y fin: auxiliar la función administrativa y producir, vender, operar, o explotar bienes o servicios, lo que generalmente determina su denominación. El órgano de dirección de estos organismos (junta, consejo o comité...etc.) es colegiado, integrado por representantes de entes descentralizados y paraestatales, y excepcionalmente por instituciones universitarias y particulares.²

2ª.- Surge de la necesidad de agilizar acciones gubernamentales simplificando el ejercicio del poder jerárquico central.

3ª.- Coexiste con la centralización, la cual le transfiere atribuciones, funciones, facultades, actividades y recursos.

4ª.- Da personalidad jurídica propia a entes con autonomía orgánica relativa.

5ª.- Confía una actividad administrativa a órganos que guardan con la Administración Central una relación no jerárquica.

6ª.- Puede ser regional instaurando una estructura administrativa para atender los intereses comunitarios de una población o territorio.³

¹ MARQUEZ GOMEZ, Daniel. Op. Cit. P. 42

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 147.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. P. 660.

7ª.- Es por servicio si delega facultades de las personas morales territoriales (estado provincia o municipio) a favor del servicio y creando una nueva persona jurídica¹ mediante ley o decreto, con personalidad, patrimonio y regulación propios.

8ª.- Es por colaboración cuando la Administración reconoce la insuficiencia de recursos, su incapacidad financiera, técnica u organizacional para realizar algunas de sus actividades como los servicios públicos, transfiriendo por ello su prestación a los particulares mediante:²

a.- Concesión.- Es la más usual.

b.- Locación.- Arrendamiento o arriendo de servicio.

c.- Concierto o subrogación.- El órgano de la Administración Pública a quien se atribuye un servicio contrata su prestación con un particular que tiene las instalaciones o infraestructura necesarias.³

d.- Gestión interesada.- Celebración de un contrato mediante el cual la Administración se asocia con un particular para la prestación de un servicio .

9ª.- Autonomía orgánica para ejercer sus tareas de tipo administrativo.

Finalmente Gómez Díaz de León ofrece el siguiente cuadro comparativo entre Administración Pública:⁴

Descentralizada	Desconcentrada
Depende indirectamente del Poder Ejecutivo..	Depende directamente del Poder Ejecutivo.
Personalidad jurídica propia.	Puede contar o no con personalidad jurídica propia.
Patrimonio propio.	Puede contar o no con patrimonio propio.
Facultades autónomas.	Facultades limitadas.
Creada por ley o decreto	Creada por instrumento de derecho público

¹ Ibid. P. 661.

² Ibid. P. 679.

³ Ibid. P. 681.

⁴ GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Op. Cit. P. 53.

1.1.3. FUNCIONES Y PROPÓSITOS.

Gramaticalmente el termino función indica capacidad de actuar o de realizar determinada actividad, por eso podemos establecer que las funciones de la Administración Pública son el conjunto de actividades o actuaciones que se realizan dentro de ella, y en general abarcan la reglamentación, vigilancia, control de la actividad privada, creación y gestión de servicios públicos, garantía del orden jurídico, seguridad social y del Estado...etc.

La **función administrativa** es ininterrumpida, es la que ejecuta actos materiales o que determinen situaciones jurídicas para casos individuales, la que previene conflictos (policía), y define situaciones de derecho para realizar otros actos administrativos.¹ Se realiza a través del cause formal de un procedimiento, de una serie o sucesión de actos que culminan en su manifestación plena,² sustenta estructural y orgánicamente la actuación de la Administración Pública, y dicha actuación se establece y delimita por el orden jurídico que la crea, el cual le da competencia y facultades. Sus elementos son el orden jurídico o ejecución estatal de las leyes, la limitación de los efectos del acto administrativo, que son concretos e individualizados, ya que las personas a que se refiere, las obligaciones que genera y el objeto de estas, son determinadas por el autor del acto; y un tercer elemento es la naturaleza material de los actos con que se exterioriza esta función administrativa, haciéndola mas práctica que jurídica, porque supone la satisfacción de una necesidad real. Al respecto hay que precisar que no todos los actos materiales son administrativos, sino solo aquellos que trascienden jurídicamente al condicionar la validez de un acto jurídico, o cuando son un medio para la ejecución del acto jurídico administrativo.³

¹ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 63.

² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Procedimiento Administrativo Federal, Porrúa-UNAM, 3ª ed. México, 2000, p. 87.

³ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P p. 61- 63.

La delimitación de la función administrativa, se establece por prerrogativas exorbitantes del derecho común y restricciones, ubicando dentro de las primeras la expedición de reglamentos, declaraciones unilaterales de voluntad y su ejecución sin intervención judicial, actos bilaterales contractuales, uso de la fuerza pública, imposición de sanciones, expropiación, requisa...etc. Y como parte de las restricciones tenemos las siguientes:

- a.-Sujeta su actividad a procedimientos formales y trámites precisos para garantizar legalidad, imparcialidad e igualdad de trato a los administrados.
- b.-Sujeta su gasto a su presupuesto aprobado y controlado por el Poder Legislativo.
- c.-Tiene un control contable y financiero en su actividad a través de la revisión de la cuenta pública, practicada por el Órgano Superior de Fiscalización del Congreso, sin perjuicio del autocontrol a que se someta la propia Administración.
- d.-Tiene un control jurisdiccional en su actividad por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, u órganos jurisdiccionales ordinarios, cuando se someta al derecho ordinario.

De las anteriores restricciones queremos destacar la que se refiere a la garantía de legalidad que la Administración está obligada a otorgar, pues tal garantía norma toda su actuación. A efecto de lo anterior se han establecido sistemas de control o mecanismos al alcance de los administrados para obligar a los órganos administrativos a actuar conforme al orden jurídico, pues si la autoridad no se conduce conforme a la ley, o al menos así lo cree el particular, deben existir medios al alcance de éste para que la Administración retome el camino legal. Estos sistemas de control en la Administración Pública tienen un carácter de autocontrol instrumentado por el Contencioso Administrativo y los recursos administrativos, ambos realizados ante órganos administrativos, no judiciales ni legislativos.¹

¹MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos, Harla, 3ª ed. México, 2001 p. 416.

El sustento de la función administrativa es el acto administrativo, cuyos antecedentes doctrinales son el hecho jurídico como acontecimiento natural o humano que provoca consecuencias jurídicas sin ánimo de producirlas, y el acto jurídico que sí tiene el propósito de provocar tales consecuencias; pero ambos pueden trascender a la función administrativa. Entonces, el acto jurídico en general es la manifestación de voluntad que produce consecuencias de derecho (crea, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones) y puede ser:

a.- Unilateral o de una sola persona.

b.- Bilateral o de 2 o mas voluntades que buscan efectos jurídicos diversos.

c.- Colegiado o decisión de una voluntad común.

d.- Colectivo de una comunidad u organización con voluntades independientes de sus integrantes.

e.- Unión o de varias personas que concurren a un solo fin con voluntades ligadas entre si, generando una convención.

f.- Acto creador de una situación jurídica general permanente, así por ejemplo, el acto legislativo crea la ley; el administrativo el reglamento, decretos o circulares; y el jurisdiccional crea la jurisprudencia. La situación jurídica particular o concreta es creada generalmente por actos de los particulares como el contrato, la policitación o la gestión de negocios; por actos de la Administración Pública como la expropiación, la licencia o la cedula profesional; o por actos del órgano legislativo como los permisos diplomáticos.

g.- Acto condición como elemento de la función administrativa que existe al aplicarse la ley porque un sujeto se ubicó en la situación prevista por ésta.

h.- Acto administrativo.- Similar al judicial en su ejecución y aplicación de la ley al caso concreto, continuo, permanente y que persigue el beneficio colectivo o interés público.

i.- Acto Judicial.- Es a petición de parte y persigue el interés individual resolviendo conflictos entre particulares o protegiendo sus derechos frente a la autoridad.¹

¹MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 1º y 2º Cursos, Harla, 4ª ed. México, 2001. p. 227.

j.- Acto de gobierno.- Manifestación política de la Administración Pública que no puede ser atacada vía jurisdiccional y surge de la doble actividad del poder ejecutivo: administrativa y política extranormativa, con actos discrecionales.¹

El acto administrativo, en amplio sentido, es toda actividad o función administrativa que produce efectos jurídicos² realizada con actos jurídicos unilaterales, contratos, operaciones materiales, reglamentos y otras disposiciones generales;³ y en sentido restringido, es una *“...declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos...”* excluyendo los actos contractuales y generales de la Administración (contratos y reglamentos).⁴ Como declaración de voluntad del órgano público que produce efectos jurídicos, comprende actos de las tres funciones Estatales, por ello es una declaración unilateral de la Administración Pública que reproduce consecuencias subjetivas de derecho, excluyendo la actividad reglamentaria por que es objetiva, los contratos porque son bilaterales, y las operaciones materiales o hechos jurídicos, porque son de esencia extrajurídica.⁵

En particular el acto administrativo puede ser:

1º.-Jurídico o material. El primero produce efectos jurídicos y el segundo no, pero éste trasciende el derecho administrativo si implica validez, formación o ejecución de un acto jurídico; puede ser simple o de una sola voluntad aunque durante el procedimiento previo a su emisión se hagan necesarios otros actos de voluntad (opiniones consultas dictámenes...).

2º.- Colectivo, si requiere refrendo de autoridades implicadas.

3º.- Unión, si intervienen varias voluntades con fin diferente (nombramiento de un empleado).

¹ Ibid. P. 228.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. P. 763.

³ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 232.

⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. P. 764.

⁵ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P.p 232-233.

4º.- Contrato, si concurren varias voluntades, aunque según Gabino Fraga sus características *“...impiden que sea considerado como un acto administrativo...,pero en vista de la posibilidad de que existan contratos administrativos, debe concluirse que si no es un acto administrativo, si puede ser un acto de derecho administrativo”*.¹ Mas allá de esta ambivalencia al no ubicar de manera clara y definitiva al contrato como un acto administrativo, otros autores si lo hacen ubicándolo como un acto administrativo en sentido amplio.

5º.- De admisión si beneficia a un particular con un servicio publico, generando derechos legales.

6º.- De aprobación, si una autoridad superior conciente que el acto de una inferior produzca sus efectos. Aquí el acto administrativo se constituye como un medio de control preventivo dentro de la Administración para impedir actos contrarios a la ley o al interés general, da eficacia a un acto valido anterior, es decir, el acto aprobado tiene desde el momento de su emisión todos los caracteres que la ley exige para su validez, pero no puede producir sus efectos hasta que viene el acto de aprobación. Ambos actos, aprobado y de aprobación, son sucesivos, y la voluntad de los dos órganos que los realizan no coinciden en objeto y fin: el del acto aprobado está en su contenido; el del acto de aprobación es mantener el funcionamiento de la Administración y preservar intereses mas amplios.

7º.- De dispensa.- Por él se exonera a un particular de la obligación de cumplir una ley general.

8º.- De autorización, licencia o permiso.- Si levanta o remueve un impedimento legal para que un particular ejerza su derecho, pues el acto contiene un derecho preexistente del particular, restringido en su ejercicio porque puede afectar la tranquilidad, seguridad, salubridad o economía públicas y solo hasta que estos intereses se dejan a salvo la Administración permite el ejercicio de ese derecho previo.

¹ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 231.

En general el acto administrativo puede ser, por su relación con la ley, obligatorio si ejecuta una ley o cumple una obligación legal de la Administración, discrecional si la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir, obrar o abstenerse, reglado si se produce conforme a la ley o a los reglamentos. Por su radio de aplicación, puede ser interno si sus efectos se producen al interior de la Administración, externo si se producen al exterior; hacia los gobernados. Por su finalidad, puede ser preliminar o de instrucción, si prepara condiciones para realizar otro acto posterior, decisorio o resolutivo, si establece ratifica, modifica o extingue obligaciones o derechos, a cargo o a favor de un particular, de ejecución para dar cumplimiento al decisorio. Y finalmente por su contenido y efectos, el acto administrativo puede ser de aprobación, admisión, condonación, concesión, permiso, licencia o autorización, si incrementa derechos de los particulares; de expropiación, orden o sanción, si restringe por interés general o público los derechos de los particulares; y los que certifican una citación de hecho o de derecho, como inscripciones registrales, certificaciones o constancias, notificaciones y publicaciones.

Las características del acto administrativo son:

- 1ª.- Constituye la actividad administrativa y es el sustento de las funciones de la Administración Pública.
- 2ª.- Orgánica, subjetiva o formalmente es realizado por los órganos administrativos, pero material, objetiva y sustancialmente también lo realizan los órganos legislativos o judiciales, pues su carácter administrativo es por la sustancia, y no por el órgano que lo emita.
- 3ª.- Por su contenido amplía la esfera jurídica del particular y hace constar un estado de hecho o de derecho.
- 4ª.- Tiene ejecutoriedad al ser obligatorio o exigible coactivamente a pesar de los interesados y sin el concurso del órgano jurisdiccional.
- 5ª.-Es impugnabile por el interesado mediante procedimiento administrativo o judicial.

6ª.-Su ausencia genera el llamado silencio administrativo, el cual se deriva de un acto administrativo "presunto", (junto a los expresos y tácitos) que supone una resolución negativa o afirmativa de los planteamientos sin respuesta; pero si la autoridad está obligada expresamente a dar una respuesta, el silencio no se configura y subsiste dicha obligación.¹ Al respecto González Navarro, citado por Martínez Morales, define al silencio administrativo como presunción o ficción legal en beneficio del particular, cuando la ley considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) su petición a la Administración.² Este silencio administrativo también produce consecuencias de derecho.

7ª.-Su ejecución se realiza coactivamente sin fallo previo de los tribunales, pues tiene el privilegio de perseguir el interés general; pero el particular puede evitar o suspender tal ejecución mediante el contencioso administrativo o amparo..

8ª.-Debe ser acatado por el gobernado destinatario y terceros involucrados, aún coercitivamente.

9ª.-Crea, modifica, transmite, reconoce, registra o extingue derechos y obligaciones subjetivos en casos concretos.

10ª -Produce efectos frente a terceros y órgano que lo emitió.

11ª.-Es irregular si el acto no ha sido elaborado conforme a las reglas y uno o mas de sus elementos o requisitos son defectuosos. Tal irregularidad puede generar nulidad si recae en el sujeto u órgano incompetente que lo emite. También puede generar ineficacia si el acto constituye delito, si su objeto es imposible, si la irregularidad recae sobre un fin que no sea el interés general o sobre la voluntad por vicio en el consentimiento.

12ª.- Da legitimidad a la actuación material de la Administración cuando ésta actúa sujeta al derecho administrativo, y dicta decisiones obligatorias y ejecutivas sin la previa homologación (confirmación) judicial.³

La extinción del acto administrativo normalmente se da por su cumplimiento o ejecución, pero anormalmente se extingue por:

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 244.

² Ibid. P. 245.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. P. 7.

1º.-Revocación.- Cesa sus efectos jurídicos y se aplica sobre un acto regular, pues si fuera irregular estaría sujeto a la anulación o medio de defensa; se da mediante un acto administrativo que desaparece otro anterior, por legalidad o interés público.

2º.-Rescisión.- Su conclusión por incumplimiento o causa ajena a la voluntad de las partes, y es mas aplicable al contrato por bilateral.

3º.-Prescripción.- Adquirir derechos o liberarse de obligaciones por el transcurso del tiempo.

4º.-Caducidad.- Perder un derecho por inactividad en cierto tiempo legal concedido para su ejercicio, y opera para gobernado y Administración.

5º.-Término o condición a que quede sujeto, donde el primero es el momento en que un acto jurídico deja de producir sus efectos, y la segunda es un acontecimiento, evento o hecho futuro y de realización incierta.

6º.-Renuncia de derechos o desistimiento del particular a los beneficios que le otorga un acto administrativo.

7º.-Irregularidades, defectos o vicios por carencia o inadecuación de un elemento o requisito.

8º.-Inexistencia o nulidad contempladas en el Código Civil, que operan lógicamente si el acto carece de sus elementos esenciales, por lo que no es necesario expresarlas legalmente.¹

9º.- Ineficacia, anulación o modificación del acto si no se afectan derechos adquiridos del gobernado.

Los elementos del acto administrativo en general son:

1º .- Subjetivos.

A.- Aptitud.- Facultad o competencia del órgano respectivo para emitir el acto administrativo.

B.-Coincidencia entre la voluntad exterior y la interior.- Para González Pérez la teoría general del acto jurídico exige, para que el acto produzca sus efectos, que la voluntad declarada y manifestada coincida con la voluntad real interna; pues en

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. P. 776.

cuanto aparecen exteriormente, los actos son eficaces, aunque la disposición interior del titular del órgano no coincida con su exteriorización, lo cual aparentemente es irrelevante. Sin embargo, la discrepancia entre una y otra voluntad puede dar lugar a la ineficacia de la voluntad declarada. De lo anterior se distinguen dos clases de discrepancia:¹

a.- La no intencional se da por ignorancia o error del titular del órgano, lo cual determina la validez del acto y los hechos que lo fundan; así por ejemplo el error, solo existe cuando el administrador dicta un acto distinto al que quería dictar (quería hacer una cosa y firmó otra).

b.-La intencional es el motivo de nulidad consistente en expedir un acto con "dolo "

2º.- Objetivos:

A.- Posibilidad.- Que sea posible física y jurídicamente el cumplimiento de su contenido, de lo contrario habrá inexistencia e ilegalidad del acto, haciéndolo anulable; y por tanto el afectado no está obligado al cumplimiento.² A *contrario sensu* de lo anterior se puede dar la imposibilidad de cumplimiento del contenido del acto administrativo, la cual debe ser originaria, debiéndose dar al momento de producirse el acto nulo, pues si se produce después, el acto ya no será nulo sino que se extingue, y las consecuencias serán distintas, pues tal extinción supone que el acto nació válido y produjo efectos normales desde que nació hasta que se extinguió. Pueden darse los siguientes supuestos de imposibilidad:³

a.- Falta de sustrato personal (como el nombramiento a persona fallecida), material (que la cosa a que se refiere el acto no exista) o jurídico (revocación de un acto anulado).

b.- Prestación físicamente irrealizable o que exceda del sujeto obligado.

c.- Contenido indeterminado e indeterminable, absurdo, carente de lógica, contradictorio en su motivación, disposición, decisión; incompatible con otros actos de la misma persona pública o con su propia finalidad.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. P.p. 92-93.

² Ibid P. 94.

³ Ibid. P.p. 94-95.

B.-Licitud.- El acto ha de ser conforme al ordenamiento jurídico aplicable y normas del procedimiento, pues a veces el contenido del acto constituye un delito tipificado específicamente o el titular del órgano administrativo incurre en prevaricación (violación de las normas de probidad, generando una resolución de manifiesta injusticia); y en ambos casos el acto será nulo de pleno derecho. Pero la declaratoria de que el acto constituye delito solo la podrán emitir los tribunales del orden penal, pues ni la Administración Pública ni los tribunales administrativos tienen jurisdicción para ello. Por tanto la ilicitud del acto solo podrá hacerse valer como motivo de nulidad de pleno derecho una vez pronunciada sentencia penal firme, y la nulidad podrá ser declarada en el correspondiente procedimiento de revisión, de oficio o de parte.¹

C.-Causa.- Interés público a satisfacer, fin en las determinaciones de la Administración o valoración que ésta hace de las circunstancias para realizar el acto.

D.-Motivos.-Razones que impulsan el *Inter Voluntaris* del agente, móvil del acto o consideraciones de hecho y de derecho.

E.- Congruencia.- La Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal en su artículo 6 fracción X establece como requisito del acto administrativo *“expedirse de manera congruente con lo solicitado y resolver expresamente todos los puntos propuestos por los interesados o previstos por las normas.”*

3º.- De la actividad:

A.- Lugar.- Las actuaciones se verifican en las oficinas de las dependencias o entidades competentes, salvo que la naturaleza de la diligencia lo requiera y sea necesario o conveniente para agilizar el procedimiento, se realizarán en otro lugar. El lugar en que se adoptó el acto es diferente a aquel en que se despliegan sus efectos o en que ha de realizarse la prestación.

B.- Tiempo.- Plazo en que han de realizarse las actuaciones de un procedimiento, incluyendo días, horas hábiles y computo del plazo.

¹ Ibid. P. 96.

En general la legislación incluye entre los elementos o requisitos esenciales del acto administrativo, que el objeto sea preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, pues el afectado no podrá cumplir con el contenido del acto si no sabe el lugar y el tiempo en que ha de realizarse, salvo si ello se desprende inequívocamente de dicho contenido, como ocurre normalmente.

Los elementos del acto administrativo en particular son:

1º.- Sujetos:

A.-Activo.- Órgano competente para producir el acto a través de funcionarios facultados que ejercitan la función administrativa, externando unilateralmente la voluntad estatal; es la autoridad o persona con potestad de mando frente a los administrados o dentro de un órgano público, capaz de tomar y ejecutar decisiones que afecten a particulares. Según la Suprema Corte, citada por Martínez Morales, es también todo funcionario de hecho o de derecho que dispone de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones.¹

B.- Pasivo.- Particular a quien afecta el acto administrativo.

2º.-Manifestación o declaración externa de voluntad que constituye el acto mismo, e implica una decisión unilateral del órgano administrativo. Es la voluntad expresa del sujeto activo para que el pasivo cumpla obligaciones que el acto le impone y ejerza derechos que le concede.

3º.- Objeto.- Lo que se persigue concreta e inmediatamente al emitir el acto la Administración: crear, registrar, reconocer, modificar o extinguir situaciones subjetivas de derecho, para satisfacer el interés colectivo. Es lo que el sujeto activo decide, certifica u opina; es el contenido mismo del acto, que debe ser lícito, determinado o determinable, cierto, física y jurídicamente posible, razonable y moral.

4º.- Forma escrita o verbal.

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. P. 235

5º.- Finalidad.- Propósito o meta general del órgano emisor: interés público y beneficio social.

Los requisitos constitucionales del acto administrativo, conforme a los artículos 14 y 16 de nuestra Ley Suprema, son:

1º.- Competencia.- Actuación posible del órgano, facultad del servidor público, aptitud que recibe de la ley para emitir actos, aunque las facultades también pueden estar en reglamento o acuerdo que las delegue.

2º.- Forma escrita o certeza jurídica.

3º.-Fundamentación.- Precisar leyes y artículos aplicables, que originen y justifiquen su emisión, refiriéndose al contenido del acto, competencia del órgano y facultades del servidor.

4º.-Motivación.- Circunstancias de hecho que hacen aplicable la norma jurídica al caso concreto; adecuación lógica del supuesto de derecho a la situación subjetiva del administrado. Según la Corte, implica mostrar que se han realizado los supuestos de hecho que condicionan la aplicación de aquellos preceptos.

5º.-Legalidad.-Toda actividad del Estado (administrativa, legislativa y jurisdiccional) debe ajustarse a la ley. El particular puede hacer lo que la ley no le prohíba, la Administración sólo lo que la ley le permita expresamente,¹ por ello los actos administrativos se presumen legítimos.

Los propósitos de la Administración Pública normalmente tienden a satisfacer las necesidades generales como un fin del Estado, pero existen otros propósitos mas concretos que la Administración debe alcanzar para lograr el primero. Así, entre los segundos se encuentran:

1º.- Servir en los asuntos públicos, lo que es inherente a la naturaleza de la Administración.

2º.-Distribuir y ejercer el poder y la autoridad en beneficio social y colectivo, aplicando una disciplina en la coordinación y ejercicio de los recursos.

¹ Ibid. p 241.

3º.- Dirigir y gestionar los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, de las exigencias de la técnica y de una orientación política.

4º.- Operar diariamente los servicios públicos, asignándoles recursos humanos, materiales y financieros; así como procedimientos técnicos para el logro de los objetivos propios de cada servicio.

Pero el propósito fundamental de la Administración Pública para lograr lo anterior, es el autocontrol de la función pública como el instrumento para alcanzar tales logros; además del control externo que sobre ella ejerce el poder legislativo. Dicho autocontrol o control interno lo consideramos un propósito fundamental porque de su eficiencia y eficacia depende, en gran medida el logro de los demás propósitos enunciados. En nuestro régimen jurídico existen al menos los siguientes tres sistemas de autocontrol de la función pública en la Administración Estatal:

1º.- El contencioso administrativo.

Surge al considerar que la Administración Pública, por ser uno de los poderes del Estado, no tiene porque someter los conflictos derivados de su actuación al conocimiento de otro poder como el judicial; además de que este último poder no podría valorar convenientemente cuestiones como el interés público, que solo la jurisdicción administrativa lo puede hacer. Por ello se crean órganos o tribunales dentro de la propia administración, con determinada autonomía, para resolver jurisdiccionalmente las controversias surgidas entre la administración y el particular que se considere afectado por algún acto administrativo.¹

Por el alcance de sus decisiones el contencioso administrativo puede ser:

1.- De plena jurisdicción o subjetivo: El Tribunal Administrativo al revisar el acto impugnado le indicará a la Administración Pública en que sentido emitir dicho acto.

¹MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos, Harla, 3ª ed México, 2001. p. 423

- 2.- De anulación e ilegitimidad u objetivo.- El Tribunal se limita a declarar la nulidad o validez del acto revisado.
- 3.- De represión.- Donde se llegan a aplicar sanciones.
- 4.- De interpretación.-Si la autoridad, antes de emitir el acto administrativo, solicita al Tribunal su opinión respecto al sentido en que debe expedirse dicho acto.¹

Nuestro contencioso administrativo es un sistema de control híbrido, cuyos fundamentos constitucionales son los siguientes artículos de nuestra Ley Suprema:

1º .73.- Faculta al congreso para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, con plena autonomía y para dirimir controversias entre la administración y los particulares.

2º .104 fracción I inciso B.- Otorga a los Tribunales de la Federación la facultad de conocer recursos de revisión contra resoluciones definitivas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Las revisiones que conocen los Tribunales Colegiados de Circuito son conforme a los artículos 103 y 107 en amparo indirecto.

3º .116 fracción V.- Contempla la jurisdicción contenciosa administrativa local al establecer que *"Las constituciones y leyes de los Estados podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones."*

Para protegerse contra la legitimación de los actos materiales de la Administración Pública, el administrado solo cuenta con el proceso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuyo objeto es verificar que los actos dictados para el cumplimiento, desarrollo y ejecución del acto principal impugnado,

¹ Idem.

sean conforme a derecho.¹ Lo anterior implica una protección jurisdiccional contra la actuación material no legitimada por un acto administrativo, la cual se verifica si el afectado no impugna tal actuación mediante los recursos administrativos legales, sino a través de un proceso contencioso. Al respecto recordemos que un requisito y presupuesto de dicho proceso, es el procedimiento administrativo, tradicionalmente consistente en recurrir el acto impugnado mediante los recursos administrativos legales. Pero hoy la doctrina ha logrado establecer que tales recursos sean potestativos, pudiendo acudir al proceso directamente. Así, nuestras leyes en proceso administrativo generalmente establecen que cuando ellas o los *“...reglamentos establezcan algún recurso u otro medio de defensa será optativo para la persona física o moral agotarlo o intentar desde luego el juicio ante el Tribunal”*.²

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es de plena jurisdicción y su competencia abarca casos de ilegalidad, incompetencia de la autoridad emisora del acto impugnado, violaciones a las formalidades del procedimiento, arbitrariedad en actos discrecionales, falta de contestación a una petición, incumplimiento de sentencias del propio Tribunal, contra acuerdos de tramite, recurso de reclamación y contra auto que admita o niegue la suspensión del acto reclamado. El particular puede optar entre el recurso ordinario o el juicio ante el Tribunal y en materia fiscal son supletorios de la ley del Tribunal, el Código Financiero del Distrito Federal y el Código Fiscal de la Federación, en otras cuestiones lo será el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. El procedimiento básicamente consiste en la demanda, su contestación y audiencia, con defensores y asesores gratuitos y suplencia de la queja, incluso en lo fiscal.³

2º . *El recurso administrativo.*

Es el medio legal de defensa a favor de los gobernados, para que la Administración Pública revise un acto administrativo que ellos consideran ilegal o

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 8.

² Ibid. Pp. 13-14.

³ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. cit. p. 432.

inoportuno, quedando aquella obligada a anularlo, modificarlo o confirmarlo, y a actuar no como parte de un proceso, sino como revisora del acto. En cuanto a sus elementos, Gonzáles Pérez dice que son subjetivos (órgano competente, interesado o concurrente), objetivos (acto impugnado y fundamento del recurso) y de la actividad (lugar, tiempo y forma); pero por su parte Martínez Morales y Serra Rojas, consideran los siguientes elementos:¹

- 1º.- Acto administrativo impugnado o resolución en que se base la impugnación.
- 2º.- Particular recurrente.
- 3º.- Afectación al particular por el acto impugnado.
- 4º.- Establecimiento legal del recurso.
- 5º.- Autoridad ante la que se interpone.
- 6º.- Plazo para interponerlo, pues nunca se tramita de oficio.
- 7º.- Requisitos de forma.
- 8º.- Procedimiento adecuado, respetando sus etapas y garantías.
- 9º.- Obligación de la autoridad de dictar resolución, pues el sustento del recurso administrativo es el derecho de petición. Dicha resolución es un nuevo acto administrativo y no una sentencia, puesto que no se está en presencia de un proceso jurisdiccional.

En cuanto a la denominación de los recursos no hay uniformidad pues indistintamente se les llama inconformidad, reconsideración, oposición, revocación, reclamación, reposición, alzada, revisión, queja, o incluso no se le da nombre. Pero en atención a la autoridad encargada de resolver, Martínez Morales considera las siguientes clases de recursos administrativos:

- 1ª.- Circular.- Cuando el mismo funcionario que emitió el acto impugnado es quien conoce del recurso.
- 2ª.- Vertical.- Si corresponde al superior jerárquico del autor de la resolución recurrida, conocer de su impugnación.
- 3ª.- Horizontal.- Implica la existencia de un órgano especializado, una autoridad de la misma jerarquía de la emisora, al cual se le encarga el procedimiento.

¹ Ibid. Pp. 417-418.

El recurso administrativo debe ser agotado previamente a la vía de amparo, salvo si corre inminente peligro el gobernado o sus bienes, si se trata de una ley que el particular estime violatoria de la Constitución, o si se produce daño irreparable.¹

3º.- *El judicial.*

Además del autocontrol de la actuación administrativa a través del contencioso administrativo y los recursos administrativos, también existe el control judicial de dicha actuación a través del Juicio de Amparo ante un órgano del Poder Judicial. Éste, mediante la tutela de las garantías individuales obliga a la Administración Pública para que obre de conformidad con la ley cuando ha afectado indebidamente los intereses particulares del gobernado. Como el Amparo solo tiene efectos para un caso particular, el control que ejerce sobre la actuación de la Administración es indirecto, ya que no controla la legalidad de la acción del Poder Ejecutivo (autocontrol), sino solo el cumplimiento de las garantías individuales del gobernado; lo anterior, toda vez que en el capítulo constitucional de garantías individuales se incluyen los requisitos del acto administrativo. Por tanto, la forma escrita, la competencia, la legalidad, la fundamentación, la motivación, previa audiencia, irretroactividad, seguridad jurídica y demás requisitos constitucionales de la acción administrativa, han de ser acatados, de lo contrario, existe la posibilidad de acudir al Juicio de Amparo, agotando previamente (salvo excepciones) los medios de defensa de autocontrol descritos en el punto anterior: Recurso administrativo y contencioso administrativo.²

¹ Ibid. p. 419.

² Ibid. P. p. 432-433.

1.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.2.1. CONCEPTO

La palabra procedimiento gramaticalmente significa acción o modo de obrar o proceder; modo, forma y orden de portarse y gobernar alguien bien o mal sus acciones, método, recurso. Jurídicamente De Pina¹ define al procedimiento como conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos civiles, procesales, administrativos y legislativos. La palabra procedimiento referida a las formalidades procesales es sinónima de la de enjuiciamiento como la de proceso lo es de la de juicio. Alcalá Zamora, citado por Pallares, dice que el procedimiento designa una fase procesal autónoma y delimitada respecto del juicio con que se entronca; lo considera sinónimo de apremio, diligencias, actuaciones y medidas. Para otros autores el procedimiento es la tramitación o substanciación total o parcial.²

Al procedimiento administrativo varios autores como Gabino Fraga o Serra Rojas coinciden en definirlo como conjunto de formalidades, actos o trámites, ordenados y metodizados en las leyes administrativas, y los cuales determinan los requisitos previos que preceden, preparan, fundan, perfeccionan y validan el acto administrativo.³ Diep Diep agrega que a tal conjunto de trámites deben sujetarse los actos jurídicos de la autoridad.⁴ Burgoa y Gómez Lara, citados por Márquez Gómez, implícitamente coinciden en definir al procedimiento administrativo como una serie de actos concatenados o interrelacionados por el proceso o parte de él.⁵ Por su parte Nava Negrete y Quiroz Acosta lo definen como el medio o vía legal de realización de actos que en forma directa o indirecta concurren en la producción definitiva de los actos administrativos; incluyéndose los de su impugnación, producción, ejecución y autocontrol, y todos aquellos cuya

¹ DE PINA, Rafael *Diccionario de Derecho*. Porrúa, 11^a ed. México, 1983. p. 402.

² PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, 18^a ed. México, 1988, p. 639.

³ NAVA NEGRETE, Alfonso y QUIROZ ACOSTA, Enrique. *Procedimiento Administrativo*, Enciclopedia Jurídica Mexicana, L V. Porrúa, México. 2002, p. 803.

⁴ DIEP DIEP, Daniel. *Fiscalística*, Pac, México, 2002. p. 142.

⁵ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*, UNAM, México 2002, p. 33.

intervención se traduce en dar definitividad a la conducta administrativa.¹ Por su parte la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal en su artículo 2 fracción XXII ofrece la siguiente noción de procedimiento administrativo: *“Conjunto de trámites y formalidades jurídicas que preceden a todo acto administrativo, como su antecedente y fundamento, los cuales son necesarios para su perfeccionamiento, condicionan su validez y persiguen un interés general”*.

1.2.2. CARACTERÍSTICAS

Son **características generales** del procedimiento administrativo las siguientes:

1ª.- Sus normas deben ser diferentes según la actuación sea de oficio o de parte. En este último caso la ley debe regular los requisitos de la instancia inicial, forma de acreditar personalidad por representante, anexos al escrito inicial, medios de prueba y normas de su apreciación, lugar de presentación y medios de subsanar falta de requisitos.

2ª.- Si no hay lesión a derechos o intereses privados, debe contener disposiciones que fijen órgano competente, motivos para iniciar el procedimiento y medidas internas como recabar información o prevenir la intervención de órganos técnicos consultivos.²

3ª.- Si no se afectan los derechos del particular se puede prescindir de la garantía de audiencia, pero si se lesionan de manera trascendente, debe otorgarse tal garantía.³

4ª.- Protege y articula el ejercicio de las prerrogativas públicas y de las garantías individuales;⁴ aunque respecto de estas últimas, según Acosta Romero, la Corte ha estimado que la autoridad administrativa solo está obligada a cumplir las garantías constitucionales respectivas cuando la ley señala un determinado

¹ NAVA NEGRETE, Alfonso y QUIROZ ACOSTA. Op. Cit. P. 803.

² FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, Porrúa, México, 2001. P. 259.

³ ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Tomo II, Porrúa. México, 1999. p. 608.

⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 4.

procedimiento, pues si no es así, el particular no tiene derecho a que la autoridad le cumpla dicho procedimiento dada su inexistencia.¹

5ª.- Debe Respetar las garantías de legalidad y audiencia conforme al artículo 14 constitucional, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento bajo los siguientes requisitos:

- A.- Que el afectado conozca el inicio del procedimiento, la cuestión a debatir y las consecuencias posibles si prospera la acción intentada.
- B.- Que se le de oportunidad de presentar sus defensas y alegatos.
- C.- Sistema de comprobación donde el que afirme demuestre.
- D.-Que el procedimiento concluya con una resolución de la cuestión debatida y la forma de cumplirla.

Respecto de las formalidades esenciales del procedimiento en derecho administrativo, según Acosta Romero, es difícil precisarlas por la diversidad de procedimientos, pero dice que en general son las que otorga cada ley o reglamento al particular en relación a los actos que le afecten; y consisten en reunir o cumplir los requisitos mínimos o indispensables que señala la ley o reglamento para que nazca y se pueda realizar el acto. Por tanto, según dicho autor, formalidad esencial será todo acto legal, previo, necesario e indispensable para un acto de decisión.²

6ª.- Es una combinación de actos en que cada uno de ellos conserva íntegra su individualidad, pero cuya conexión y vinculación dan unidad al efecto jurídico, donde cada uno supone al anterior y el último al grupo entero.³

7ª.- Es un instrumento para garantizar que el acto resultante sea siempre jurídicamente posible y políticamente oportuno.⁴

8ª.- Garantiza buena administración de la justicia, pues sus violaciones pueden ser reclamadas en la vía de amparo.

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. p. 609.

² Idem.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 2.

⁴ Ibid. P. 4.

9ª.- González Navarro, citado por Márquez Gómez, considera al procedimiento administrativo como la transformación del poder en actos o en manifestación de la función pública, concibiendo a esta como el poder público en movimiento hacia un resultado concreto.¹

Son características particulares del procedimiento administrativo las siguientes:

1ª.- Es rápido, no solemne, con medidas para evitar su dilación o paralización, como establecer plazos breves y la forma de su computo, las responsabilidades de funcionarios que no los respeten o medios para reclamar la negligencia y responsabilidad de tales funcionarios.

2ª.- Es interno si no interfiere la esfera de los particulares y externo si la interfiere. Este último debe ser escrito, fundado, motivado, realizado por el órgano competente con formalidades, motivos, contenido y fin legales.

3ª.- Es previo si resulta indispensable para dictar un acto administrativo o resolución como la expropiación, que antes de realizarse necesita estudios urbanísticos o económicos...etc. para determinar su conveniencia; y es posterior o de ejecución, si recae sobre un acto administrativo que no se cumpla voluntariamente.

4ª.- Puede ser de ejecución sin compulsión, es decir, sin apremio al destinatario para realizar el acto por él generado, pues no hay coacción estatal para su ejecución salvo incumplimiento, como sucede en los contratos administrativos.²

5ª.-Es de oficio si las autoridades lo realizan en cumplimiento de sus obligaciones, o de parte si requiere el impulso del particular para la expedición de un acto administrativo o su ejecución.

6ª.- No puede imitar al judicial ni admitir siempre a los particulares, porque debe ser mas rápido, menos formal, sencillo y eficaz.

7ª.- No siempre afecta los intereses de los particulares, ni tampoco debe ajustarse a formalidades determinadas, cuando no sean estrictamente indispensables.

¹ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. Cit. p. 34.

² ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p. 604-605.

1.2.3. UBICACIÓN DOCTRINAL

En sus orígenes el procedimiento administrativo no estaba regulado adjetivamente, pues la legislación se conformaba con establecer el derecho sustantivo, principalmente porque todavía no existía precisión en la noción de derecho administrativo, ya que por ejemplo la Constitución de 1857 establecía una intervención reducida del Estado en la vida de los particulares. Después se reguló inspirándose en el procedimiento judicial y en la tendencia de asimilar las instituciones de derecho público a las de derecho privado, sustentándose en este último; pero esta equiparación resultó negativa porque cada uno de estos derechos satisfacen intereses diferentes. Finalmente se organizaron procedimientos especiales para el acto a realizarse, siguiendo el principio de que el procedimiento debe ser impuesto por los objetivos de la actividad administrativa y por la necesidad de dar intervención a los particulares, pues sus derechos pueden resultar afectados por el acto administrativo.¹

Hoy, el procedimiento administrativo se ubica principalmente en la siguientes áreas:

1ª.- Como cause de la acción administrativa.

Es obligatorio para los órganos de la administración en la realización de sus fines, ajustando a él sus acciones; garantiza derechos de los particulares e interés público mediante la legalidad y acierto de las resoluciones administrativas; dirige el ejercicio del poder y prerrogativas de la Administración, justificando la acción pública con la obtención de resultados; y en su reglamentación se aplica el principio de sumisión de la Administración al derecho.

2ª.- Como parte del proceso.

A.- El procedimiento es el conjunto de trámites al que esta sujeto un proceso, los cuales se siguen durante el desarrollo de este, desarrollándolo para substanciarlo de manera sumaria, ordinaria, escrita o verbal.

¹ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 255-256.

B.- El procedimiento coordina los actos relacionados entre si para que produzcan total o parcialmente un proceso, de manera que éste se integra con un conjunto de procedimientos (Gómez Lara citado por Márquez Gómez).¹

C.-Uno de los propósitos del procedimiento es impartir justicia, librándolo de la terquedad, falta de preparación o mala fe de los titulares de los órganos administrativos; todo ello con el fin de agilizar el proceso o que el beneficiado ya no tenga necesidad de acudir a dicho proceso.²

D.-La conexión entre procedimiento y proceso instaura un sistema de justicia administrativa, que estudiaremos en la siguiente área donde el procedimiento se ubica como un instrumento de control.

F.- El procedimiento aparece antes, durante y después del proceso, respectivamente como:

a.- Requisito o presupuesto, condicionando la admisibilidad de la pretensión o conjunto de actuaciones previas que anteceden y producen el acto administrativo impugnado. Hay que señalar que hoy la interposición previa de los recursos administrativos legales es potestativa.

b.-Su objeto o substanciación del proceso.

c.-Vía para hacer efectivas sus sentencias frente a la Administración:
Procedimiento de Ejecución.³

3ª.- Como un instrumento del control administrativo.

El procedimiento administrativo tiene su razón de ser y propósito en la lucha contra la corrupción en la Administración Pública, para su buen funcionamiento, revisando sus actividades y combatiendo los flagelos que el servidor público deshonesto incorpora a tal Administración: sobornos, extorsión, arreglos, alteraciones fraudulentas del mercado, malversación de fondos, negocios con el dinero público, parcialidad en las decisiones, colusión de funcionarios etc... De esta manera, el procedimiento administrativo pasa a ser un control jurídico adjetivo

¹ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. Cit. p. 33.

² GONZÁLEZ PÉRI-Z, Jesús. Op. Cit. p. 5.

³ Ibid. P. p. 5-7.

que tutela la legalidad en los actos de la Administración Pública,¹ teniendo como instrumento principal la auditoria interna o valoración independiente, e establecida dentro de la organización administrativa.

EL concepto de control etimológicamente deriva del latín *inspectio*, *inquisitio*, *espectatio*, examen, limitación, regulación, dispositivo, verificación, tutela, dominio y supremacía,² y el control administrativo en general es la etapa en cualquier tipo de administración, durante la cual se establecen mecanismos para revisar la eficacia o capacidad de lograr los efectos deseados, y la eficiencia o buen uso de los recursos para tal logro en la planeación, organización y ejecución de la actuación administrativa. Pero el control jurídico es la actividad registral o técnica de la función pública, del ente administrativo estatal o del empleado público, establecida por el orden jurídico que revisa la adecuación y legalidad de los actos encomendados a los diversos órganos del poder público. Lara Ponte, citado por Márquez Gómez, considera al control jurídico como la herramienta para que la actuación Estatal se ajuste a la legalidad, a fin de advertir el desempeño institucional de sus órganos y optimizar resultados y alcances para evitar desviaciones. De esta manera el control jurídico retroalimenta el sistema a través de la toma de decisiones preventivas y correctivas, con el propósito de obtener la armonía entre la planificación y la administración. Podemos concluir entonces que el control jurídico es un poder de supremacía que pertenece al Estado como titular de la soberanía.³

El control administrativo es la verificación o inspección de la regularidad de uno o varios actos de los órganos públicos, para anular o rectificar la gestión pública ilegal o ineficaz, con medios técnicos denominados '*procedimientos administrativos*', auditorias y procesos que determinen la legalidad de la actuación administrativa.⁴ Es también una actividad preventiva o correctiva para garantizar la

¹ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Op. Cit. p. 21.

² Ibid. P. 22.

³ Ibid. P. 23.

⁴ Ibid. P. 28.

adecuada gestión de los recursos humanos, materiales y financieros, la utilización de los fondos públicos y la obtención de los resultados previstos por la misma Administración.¹ Este control administrativo tiene las siguientes características:²

1ª.-Control del poder.- Puede ser preventivo, correctivo, represivo o sancionatorio, pues según Roberto Dormí, citado por Márquez Gómez, el procedimiento administrativo es “..un instrumento de gobierno y de control...”, para ejercer el poder con seguridad y legalidad, y defender el derecho procesalmente; es la actividad de la Administración al aplicar normas jurídicas o dirimir controversias.

2ª.- Control interno.- Se compone de políticas y procedimientos para obtener seguridad de alcanzar los fines propuestos, realizados por órganos especializados de la propia entidad administrativa denominados contralorías internas; las cuales son parte integral de la estructura de dependencias y entidades que conforman la Administración Pública.

3ª.-Control externo.- El realizado por órganos ajenos al ente a revisión llamados Tribunales de Cuentas, que en nuestro país son la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el ámbito local, y la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación en el federal, los cuales pueden legalmente revisar la cuenta pública y establecer responsabilidades de servidores públicos, por mal uso de recursos; teniendo como uno de sus principales instrumentos la auditoria de desempeño.

Como un instrumento de control, el procedimiento administrativo está relacionado estrechamente con la justicia, vista esta no solamente en el sentido aristotélico equitativo, sino también como la administración imparcial y congruente de las leyes e instituciones, con una disciplina que distribuya mejor los beneficios de la cooperación social y satisfaga el reclamo de justicia para otros.³ Al respecto es sintomático que Diego Valades, citado por Márquez Gómez Daniel, considere la justicia como procedimientos que garantizan el esclarecimiento de hechos o la

¹ Ibid. P. 162.

² Ibid. P.p. 28-29.

³ Ibid. P.p. 160-161.

reparación de intereses indebidamente afectados.¹ De esta relación entre procedimiento y justicia deriva el concepto de *Justicia Administrativa* como la vertiente mas importante del control de la Administración, que consiste en el conjunto de procesos o actividades a través de los cuales dicha Administración aplica el derecho al caso concreto en la vía gubernativa. Para Márquez Gómez tal justicia es también el conjunto de procedimientos que aplican las autoridades administrativas para satisfacer las necesidades sociales; e implica que los funcionarios apliquen imparcialmente el derecho, evitando ser juez y parte en dichos procedimientos.² Vemos pues que el control, la justicia y los procedimientos son consustanciales al medio social, lo cual se ve por ejemplo en los procedimientos administrativos o en las responsabilidades de los servidores públicos .

Ante los males de la actividad administrativa, como el rezago de asuntos, la corrupción, la ignorancia jurídica o los recursos escasos, se requiere hacer mas eficientes y eficaces los sistemas de control y gestión de los asuntos. Así, en el área jurídica de la Administración se deben fortalecer acciones contra la ilegalidad e impunidad, con rapidez y contundencia; en la formativa, capacitar los recursos humanos y hacer mas rigurosos los medios de selección de los funcionarios; en la económica, optimizar recursos para un mayor costo-beneficio de ellos; y finalmente, para que todo lo anterior sea posible, fomentar la cultura jurídica de los habitantes.³

Las consecuencias de un control deficiente pueden ser las siguientes:⁴

1ª.- Bloqueo del poder.- Se da por un sistema de controles mal entendido, donde lo que un órgano hace lo deshace el otro, y en mayor medida cuando *“..el peso político del titular de la dependencia o entidad posee mayor influencia que el*

¹ Ibid. P.p. 161-162.

² Ibid. P. 167.

³ Ibid. P. 171.

⁴ Ibid. P. 173.

órgano de control...”, de tal forma que dicho titular pueda eludir el control sobre su desempeño.

2ª.-Inhibición del poder.- Cuando nadie hace lo que le corresponde, o los administradores hacen gala de poder político.

3ª.- Indiferencia.- Cuando nadie se preocupa por las tareas de los demás, o los administradores ignoran las instrucciones superiores.

4ª .- Complicidad.- Cuando todos encubren desaciertos propios y ajenos, o cuando los administradores cooptan al órgano de control.

5ª.-Desatención.-Cuando los administradores no cumplen sus obligaciones.

1.2.4. DESARROLLO

El desarrollo del procedimiento administrativo se sustenta en el conjunto de actos que lo integran, desde su inicio a su conclusión, y los cuales se agrupan en las siguientes dos etapas o categorías:

1ª .- De instrucción.- Fase del procedimiento mediante la cual el órgano administrativo obtiene los datos necesarios para dictar su resolución, y cuyos actos pueden proceder de particulares, administración e interesados, quienes pueden realizar todos los necesarios para determinar, conocer y comprobar los datos que funden sus peticiones, lo cual se considera una manifestación del derecho de defensa que consagra el artículo 16 constitucional. Esta etapa de instrucción se integra a su vez de las siguientes subetapas:

A.-Aportación de datos.- Es la actividad de órganos e interesados, por la que se introducen o aportan al procedimiento determinados hechos o normas que funden la resolución del procedimiento.

B.- Informes.- Son declaraciones de juicio emitidas por órganos especializados, para proporcionar y facilitar al órgano competente los elementos de juicio necesarios para resolver acertadamente. Su petición se hará por disposición legal o si se juzga necesario, fundando y motivando la solicitud, debiendo atenderse en un tiempo determinado, de lo contrario se entenderá que no hay objeción a las pretensiones del interesado. Según el artículo 55 de la ley local *“Los informes u opiniones solicitados a otros órganos administrativos podrán ser obligatorios o*

facultativos, vinculares o no al órgano que los solicitó, salvo disposición legal en contrario, ...y deberán incorporarse al expediente”.

C.- *La prueba.*- Actividad para demostrar exactitud o inexactitud de los hechos que funden la decisión del procedimiento, y los cuales deberán ser relevantes para dicha decisión y con disconformidad acerca de su certeza. Al respecto de esto último, en los procedimientos lineales de una relación jurídica entre Administración e interesado, si aquella tiene por ciertos los hechos alegados por este, existirá conformidad y no será necesario el periodo probatorio. En los triangulares, donde la Administración es tercero entre interesados con posiciones contrapuestas, para que resulte innecesaria la prueba, tales interesados deben estar conformes en los hechos; de lo contrario, si la Administración acepta los hechos alegados por unos, implica no tener por ciertos los alegados por los otros, siendo entonces necesario el periodo probatorio.¹ En cuanto a los efectos de la prueba, el órgano podrá apreciar libremente, según las reglas de sana crítica, las pruebas unidas al expediente; y si ultimada la vía administrativa, se incoara un proceso sobre la misma cuestión, el órgano jurisdiccional no estaría vinculado por la apreciación de la prueba que hubiere hecho el órgano administrativo, sino que podría apreciar según su criterio los mismos medios de prueba.² Como formalidad esencial del procedimiento es necesario que en los casos de afectación a particulares se fije en la ley un término adecuado para que puedan ofrecerse y desahogarse las pruebas pertinentes.

D.- *Audiencia y vista.*- Conforme a las leyes de procedimiento administrativo, que regulan la audiencia de interesados para admisión, desahogo de pruebas y recepción de alegatos, estos se pueden presentar, desahogada tal audiencia. Los alegatos son una aportación de datos al expediente, considerados por el órgano administrativo a la hora de resolver, o por el jurisdiccional si se incoara un proceso con pretensión relacionada con el acto administrativo impugnado. Si el órgano

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 148-149.

² Ibid. P. 151.

administrativo no se pronuncia sobre alguna de las cuestiones planteadas en los alegatos, la resolución será incongruente. La vista del expediente será en la oficina de la dependencia u órgano ante quien se tramita el procedimiento, durante un plazo legal máximo después de instruidos los expedientes y antes de redactar la propuesta de resolución.

2º .-De ordenación.- Actividad de trámite que por su naturaleza, tiene lugar del inicio al término del procedimiento, para que éste se desarrolle de acuerdo con el orden legal, desarrollándolo hasta su fase final mediante actos de:

a.-Impulso.- Los que hacen avanzar el procedimiento por cada una de las etapas o fases que lo componen, de lo cual depende que llegue a su término con la rapidez debida. El contenido de estos actos de impulso se reduce a una orden del órgano administrativo para que el procedimiento entre en la fase siguiente; y el impulso tendrá lugar mediante un acto del órgano, ordenando el cumplimiento del trámite siguiente o de todos los trámites siguientes que admitan impulsión simultanea. Por tanto, una vez que se cumpliere un trámite, sin necesidad de declaraciones, requerimientos o insistencia del interesado, el órgano administrativo deberá ordenar el cumplimiento del siguiente trámite. Este impulso del procedimiento es de oficio, pues como cause de la función administrativa no puede abandonarse a los interesados y sería incompatible con la esencia de tal función si la marcha del procedimiento no estuviera en manos del órgano administrativo. Lo cierto es que para que se de el acto de impulso es imprescindible la insistencia del interesado ante el órgano competente. Dadas la facultades del órgano resulta difícil que pueda paralizarse el procedimiento por causa imputable al interesado, otra cosa es que la ley prevea expresamente la caducidad cuando el particular no cumpla un trámite en el plazo previsto con aquella sanción. Lo que se examinará al tratar de la terminación anormal del procedimiento.

b.- Dirección del procedimiento.- Es la actividad que tiende a gobernar o regir la serie de actos que se realizan dentro del procedimiento. El acto de dirección, por

tanto, actúa en consideración a una situación presente, y puede ser de comunicación como las notificaciones, o de intimación cuando persigue imponer una conducta; en cuyo caso va siempre unido al acto de comunicación.¹

c.- *Constancia* que permitan su conocimiento ulterior. Si el acto se manifiesta verbalmente, la constancia tiene lugar por la documentación (conversión de un acto oral en documento); pero si el acto se realiza por escrito, se hace constar mediante su incorporación al expediente. Gracias a estos documentos de constancia es posible el desglose o certificación del contenido de un expediente.

El desarrollo del procedimiento administrativo debe observar al menos los siguientes principios:

1º.- *Antiformalista*.- Es la no exigencia de formalidades que no estén expresamente establecidas en las leyes y la oportunidad de subsanar los defectos formales legales en un plazo prudencial, de manera que la resolución de la cuestión planteada no podrá negarse por tales defectos y sin haber dado dicha oportunidad.

2º.- *De defensa o tutela jurisdiccional efectiva*.- Extinción de toda actuación que deje en estado de indefensión a los interesados, garantizando:

a.- Acceso al procedimiento a todos los titulares de derechos o intereses legítimos afectados por la resolución; comunicándoles el inicio del procedimiento.

b.- La realización de todos los actos de instrucción (alegatos y pruebas) adecuados para determinar, conocer y comprobar los datos necesarios para resolver.

c.- La motivación que permita al afectado conocer los motivos de la Administración para emitir el acto impugnado, permitiéndole reaccionar a través de los medios de impugnación aplicables.

d.- La notificación a los destinatarios, a fin de que puedan cumplir lo ordenado en el acto.

¹ Ibid. P. 141-142.

e.- Que dicha notificación indique recursos admisibles, órgano ante el que se deben interponer y plazo legal para interponerlos, pues se considera que en los procedimientos administrativos, los administrados intervienen sin asistencia de técnicos en derecho.

3º.-*De economía, celeridad y eficacia.*- Suprime trámites inútiles e innecesarios, como los intermedios entre notificación y comunicación, realizando estos directamente, utilizando al máximo los medios técnicos.

4º.- *De oficiosidad.*- Aunque algunas leyes locales determinan que por este principio "...no se producirá la caducidad por inactividad de particulares, autoridades administrativas... sea por falta de promociones o de actuaciones en un determinado tiempo." González Pérez acepta que ello sea correcto en cuanto a la inactividad de los particulares pero no respecto de la inactividad del órgano administrativo en los procedimientos que ante él se tramiten.¹ Entendemos que este autor solo acepta la caducidad por inactividad de los particulares puesto que el principio de oficiosidad que aquí se estudia obliga a la Administración a no dejar de actuar, salvo que se lo impida precisamente la inactividad del particular, en cuyo caso la caducidad que resulte es responsabilidad indirecta de este. En todo caso, creemos que los criterios para aplicar el principio de oficiosidad deben ser cuidadosa y claramente establecidos en la ley a fin de evitar que opere la caducidad caprichosamente al interés de una u otra parte, lo cual es materia de otro estudio.

El inicio del procedimiento administrativo es, según su naturaleza, de oficio o de parte, delimitando en ambos casos su objeto; y con fundamento en el derecho de petición, trae el correlativo deber del órgano administrativo de dictar la resolución que proceda, admitiendo o no la petición, según se cumplan los requisitos exigidos. Cuando es de oficio, el acto de iniciación es de trámite y no es

¹ Ibid. P. 58.

susceptible de impugnación autónoma, sino que el interesado deberá esperar a que termine el procedimiento para recurrir el vicio que en este se haya dado. Cuando es de parte, el acto de iniciación es del particular o de un ente público que actúa como tal, quienes deducen las pretensiones o peticiones que se promueven mediante dicho acto, y las cuales pueden consistir en la solicitud de adoptar o ejecutar otro, poniendo en marcha el procedimiento a partir de la petición y de lo solicitado, considerando lugar, tiempo y forma de la promoción. El inicio del procedimiento traerá como consecuencia su existencia, trámite y continuación de oficio, aún sin el impulso de los interesados. Al respecto, González Pérez dice que por el principio de seguridad jurídica y para evitar incertidumbre, no se puede abandonar o alterar el expediente, el cual debe seguir un orden riguroso en su trámite, salvo evidentes, justificadas y motivadas razones de interés público.¹ De lo anterior se desprende que el inicio del procedimiento trae como consecuencia los siguientes efectos:

A.- Directos.-

- 1º.-El deber de resolver negativa o positivamente.
- 2º.-Dado su carácter inquisitivo, el procedimiento será impulsado de oficio en todos sus trámites por el órgano administrativo. En consecuencia, producido el acto de iniciación, se ordenarán los actos de instrucción adecuados.
- 3º.-El administrado adquiere derechos como la resolución expresa de su solicitud, siguiendo los trámites establecidos; la realización de los actos de instrucción adecuados o su defensa.
- 4º.- El ejercicio de la competencia atribuida al órgano administrativo a quien se dirige la petición inicial.
- 5º.- La prioridad para obtener la atribución o el reconocimiento de un derecho a que se resuelva en tiempo el procedimiento.
- 6º.-Interrupción de los plazos de prescripción.

¹ Ibid. P. 55.

B.- Indirectos.-

1º.- Atribución de competencia al órgano administrativo respectivo para resolver con eficacia, adoptando medidas cautelares de oficio o de parte, para no incurrir en indefensión o infracción de algún derecho constitucional como la tutela judicial efectiva o la presunción de inocencia.

2º.-Aportar al expediente elementos suficientes que justifiquen oportunidad, prudencia y alcance de las medidas cautelares que se adopten, para que no causen perjuicios irreparables a los interesados, no impliquen violación de derechos y aseguren la eficacia de la resolución. Si la medida cautelar adoptada desvirtúa o excede este último objetivo, habrá desviación del poder en el primer caso, e infracción del principio de proporcionalidad entre la medida y el fin propuesto, en el segundo.

3º.-La medida cautelar que se hubiere dictado para asegurar la eficacia de la resolución, se extinguirá a la terminación del procedimiento quedando revocada, o se mantendrá definitivamente. Si se demostrara su improcedencia o inoportunidad, estaremos ante un supuesto de responsabilidad, que dará lugar a un derecho de indemnización a favor del perjudicado.¹

La notificación en el desarrollo del procedimiento administrativo es la etapa mediante la cual se da a conocer al gobernado un acto que le afecta de manera directa. Puede ser un requisito de eficacia de algunos actos administrativos y permite al particular enterarse del contenido del acto y computar los términos para su impugnación mediante el recurso administrativo, contencioso administrativo o amparo. Al respecto Martínez Morales dice que *“cualquier acto administrativo debe hacerse fehacientemente del conocimiento del interesado, ya sea por medio de notificación o mediante publicación en el periódico o diario oficial del gobierno.”*² Tal notificación debe realizarla el órgano competente ante el destinatario del acto, que será el interesado afectado o persona que debe intervenir en un trámite; aunque a veces el sujeto receptor es distinto del

¹ Ibid. P.140.

²MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 1º y 2º Cursos, Harla, 4ª ed. México, 2001, p. 261.

destinatario, cuando no se realiza personalmente la notificación. Ésta, también debe contener texto íntegro del acto y no solo la decisión, de lo contrario será nula; igualmente contendrá los recursos procedentes, el órgano ante el que han de presentarse y plazo para interponerlos.¹

En cuanto al acto de notificación este debe cumplir con dos requisitos:

1º.-Tiempo o plazo para realizarla, y si se realiza fuera del él, solo hay responsabilidad del funcionario causante, ya que la notificación es válida y produce todos sus efectos.

2º.- Establecer lugar y forma, realizándose esta última bajo los principios de celeridad y eficacia, pudiéndose hacer la notificación no solo personalmente sino también por mensajero, correo certificado, telefax.etc. Al respecto Gabino Fraga dice que *“La ley debe prevenir de una manera precisa la forma de hacer las notificaciones a los interesados y los plazos en que dichas notificaciones surtan sus efectos....”*²

Para practicar la notificación existen los dos supuestos de que se conozca o no el domicilio, pero lo importante es que se practique con los requisitos que en ambos casos establezca la ley, produciendo así efectos normales, pero si es defectuosa por falta de alguno de tales requisitos, no corren los plazos para interponer los recursos, no se obliga al particular con el acto notificado, y procederá declarar la nulidad de actuaciones a partir de dicha notificación, ordenando una nueva. Si no se realiza la notificación o es defectuosa, procede la subsanación, y producirá efectos a partir de que el interesado manifieste conocer su contenido.

Finalmente la notificación tiene dos características fundamentales:

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 142.

² FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 263.

1ª.- Es una formalidad esencial del procedimiento, pues es indispensable que el acto se notifique para que surta sus efectos de crear, modificar, transmitir y extinguir derechos y obligaciones.

2ª.-Se puede hacer publicando el acto en el Diario Oficial, teniendo al administrado como enterado del acto, iniciándose así el cumplimiento de derechos y obligaciones que éste impone, así como el plazo legal para hacer valer los medios de impugnación administrativos o jurisdiccionales.¹

La terminación del procedimiento administrativo se da principalmente por realización del acto, resolución administrativa expresa o presunta en caso de silencio administrativo, o por sobreseimiento. Al respecto Gabino Fraga dice que *"Dictada la resolución y de acuerdo a su naturaleza, debe procederse a su ejecución voluntaria o forzada, o bien a hacer una revisión de ella ya de oficio o a petición de parte."*² dándose así la posibilidad de abrir nuevos procedimientos como el de ejecución o revisión del acto.

Los efectos del procedimiento administrativo son principalmente los siguientes:

1º.- Obligatoriedad y ejecutividad de los actos administrativos como exigencias de interés público, pues el ejercicio de la función administrativa no termina con la resolución del procedimiento.

2º.- Procedimiento administrativo de ejecución.- Hace efectivo lo dispuesto en el acto administrativo contra la voluntad del obligado, lo cual está condicionado a que los principios de tutela jurisdiccional (derecho de defensa), legalidad, seguridad jurídica, y proporcionalidad se hayan respetado.

3º.- Limita las potestades administrativas, y determina legalmente los medios para la ejecución forzosa, a fin de respetar los derechos fundamentales y libertades públicas.

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p. 610.

² FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 263.

1.2.5. PRINCIPIOS.

En 1936, durante el Congreso del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas en Varsovia, se señalaban ya como antecedentes de los actuales principios del procedimiento administrativo, algunas bases como las siguientes: audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba, plazo determinado para la Administración, precisar actos susceptibles en que la autoridad debe tomar opinión de otras autoridades o consejos, motivación de los actos administrativos que afecten a un particular, condiciones en que debe ser notificada la decisión a los particulares, nulidad del acto administrativo y responsabilidad de quien lo infrinja, por violaciones a las garantías de procedimiento para el particular.¹ En general estas bases ya están reglamentadas y realmente son principios generales del derecho en el procedimiento administrativo. Tales principios generales, especialmente los consagrados en la Constitución –legalidad e igualdad- son la base del procedimiento administrativo y consagran las garantías procesales de defensa. Por su naturaleza estos principios no aparecen expresamente en las leyes de procedimiento, pero si figuran otros como las garantías de eficacia administrativa, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

El procedimiento administrativo no sólo debe garantizar los derechos de los ciudadanos, sino también del interés público, por lo que sus principios deben responder a unos y otros (ver artículo 3° del Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal). La Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su artículo 13 establece los principios de economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe; y la ley respectiva del Distrito Federal en sus artículos 3° y 5° agrega los de coordinación, cooperación, simplificación, precisión, igualdad, transparencia e imparcialidad.

La doctrina a definido algunos de estos y otros principios que las leyes citadas no contemplan, aunque los tribunales administrativos y judiciales si los invocan en sus resoluciones. Veamos algunos de ellos:

¹ Ibid. P.p. 257-258.

1º.- *Legalidad*.- Que el procedimiento esté previsto o permitido en la ley, que esté dentro de la competencia del órgano, y que conforme al artículo 16 constitucional, su causa esté fundada y motivada.

2º.- *Eficiencia*.- Que logre producir o ejecutar adecuadamente el acto administrativo.

3º.- *Gratuidad*.- Que en general no tenga ningún costo, salvo en servicios públicos y actividad registral.

4º.- *Publicidad*.- Que sea público, salvo en seguridad nacional, diplomacia o reserva moral.

5º.- *Agilidad o economía*.- Aunque en la practica siempre es lento, con la reforma administrativa se pretende su rapidez, pudiendo incluso aplicar el principio procesal en el sentido de resolver sólo un aspecto de la demanda, de manera que no haya necesidad de ocuparse de los demás.

6º.- *Equidad*.- Debe tender a lograr el resultado mas favorable al particular.

7º.- *Idoneidad*.- De requisitos técnicamente idóneos para emitir o ejecutar el acto.

8º.- *La jurisdicción administrativa es revisora de la vía administrativa*.- González Pérez ubica este principio dentro de un concepto tradicional del acto administrativo como un requisito previo al proceso administrativo, pues dice que ante el contencioso administrativo tradicional *“No podía plantearse...ninguna cuestión que no se hubiera planteado ante la Administración Pública y resuelta por el acto administrativo objeto de impugnación procesal.”*¹ Este principio resulta relativo porque hoy sabemos que la impugnación de un acto administrativo es potestativa ya que el afectado por dicho acto puede acudir directamente al proceso ante el tribunal administrativo, saltándose el recurso ante la Administración, pues el administrado, según le convenga, podrá optar por una u otra vía.²

9º.- *Simplificación administrativa*.- Ajustarse a cierta economía procedimental que no exija mas formalidades que la ley; pero que tampoco viole las normas sobre procedimiento, especialmente cuando se deja en estado de indefensión al agraviado.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. Cit. p. 7.

² Ibid. P.p. 13-14.

10º.-*Congruencia*.- Buscar concordancia entre sus resoluciones y en la materia misma del procedimiento.

11º.-*Igualdad de las partes*.- Aplicado principalmente en los procedimientos triangulares, dando a las partes un mismo trato y oportunidades en sus derechos.

1.2.6. SUJETOS Y OBJETO.

Los sujetos son solamente dos:

1º.- *La Administración Pública*.- Mientras en el proceso aparece como parte procesal, sujeta a la decisión de un órgano supraordenado, en el procedimiento administrativo la Administración Pública es el sujeto que decide.¹ Aquí, el ente público competente en cada caso, a través de sus órganos, será el que decida la cuestión planteada, como sujeto de derecho que trata de realizar sus intereses. Lo anterior se distingue, mas claramente en los procedimientos lineales, pues en los triangulares la Administración viene a ocupar una posición de independencia, supraordenada a los administrados, con una posición contrapuesta, no como sujeto imparcial, sino como titular de intereses públicos.² Sin embargo aquí también se habla de imparcialidad administrativa, la cual se refiere sólo a la justicia hacia las partes y su solidaridad con el ordenamiento. Es decir que de acuerdo con este principio, la Administración será imparcial ante las partes pero parcial ante la sociedad, pues responde ante esta por los intereses colectivos. Por otra parte para que un acto sea válido no basta que proceda del órgano competente, sino que debe emitirse por el servidor público facultado para ello, pues tal órgano, para poder realizar sus funciones, necesita valerse de personas físicas que realicen actividades imputables a él. Por ello dicho órgano es considerado desde dos puntos de vista:

A.- Abstracto.- Conjunto de competencias y medios personales y materiales ordenados para realizar determinadas funciones.

B.-Concreto.- Persona física con atribuciones, competencias y funciones que le permiten actuar como su titular.

¹ Ibid. P. 63.

² Ibid. P. 64.

2º.-*Los interesados o administrados*, cuyas nociones generales son las siguientes:

A.- En el ejercicio de la función administrativa aparecen al lado o frente a la Administración Pública el particular o administrado, el cual tiene carácter de interesado en cuanto interviene o puede intervenir en un procedimiento administrativo.

B.-A diferencia de la persona física que deviene titular de un órgano administrativo, el administrado conserva su condición de particular, cualquiera que sea su relación con la Administración Pública.

C.- El particular como administrado facilita a la Administración los medios para realizar sus fines, como por ejemplo prestando o usando los servicios públicos, surgiendo así tipos concretos de administrado: contribuyente, concesionario, contratista, expropiado...etc.

D.- El particular es administrado en cuanto sujeto de derecho administrativo, al cual esta sometido, no porque se relacione con la Administración Pública en el régimen de derecho común, como por ejemplo el vendedor o el obrero..etc., sino, según González Pérez, porque es un *"particular público...en cuanto queda ligado, objetiva y subjetivamente a los sujetos oficiales para algo de carácter público, y por un enlace en que interviene mas o menos inmediatamente el poder público"*.¹

E.- No es administrado el titular de un órgano administrativo, pues tal persona en el momento en que deviene titular del órgano, deja de ser administrado para convertirse en administrador, en una autoridad o funcionario en el mas amplio sentido.²

F.- El artículo 2 fracción XII de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal dice que administrado es *"el particular que tiene un interés legítimo respecto de un acto o procedimiento administrativo por ostentar un derecho legalmente tutelado"*.

Las características de los administrados o interesados como segundo sujeto del procedimiento administrativo, son las siguientes:

¹ Ibid. P. 70.

² Ibid. P. 71.

1ª .- Su capacidad no se contempla en las leyes federal y local sobre procedimiento administrativo, por lo que habrá que estarse al derecho civil o mercantil, aunque también se debe considerar la norma que contiene el anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, en su artículo 13 que reconocía, en caso de urgencia, la posibilidad de que pudieran actuar en nombre de incapacitados, personas colectivas, sucesiones y quiebras, quien no fuese el representante legal, imponiendo al órgano competente la adopción de las medidas pertinentes en defensa de los interesados.¹

2ª .- Su legitimación para intervenir en el procedimiento se contempla en el artículo 2º de la ley local como *"interés legítimo"*, al que define como: *"Derecho de los particulares para activar la actuación pública administrativa en defensa del interés público y la protección del orden jurídico;"* Por tanto, para estar legitimado se exigirá la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. En el supuesto de que sea la Administración la titular de un interés legítimo, este puede ser individual, colectivo, de persona física o jurídica; y le permite iniciar o intervenir un procedimiento. Para que exista dicho interés es necesario que haya una posición de ventaja legal y que el acto administrativo que se dicte en el procedimiento reporte al interesado un perjuicio o beneficio; y dado que en general las leyes respectivas reconocen a los afectados legitimación para recurrir los actos y resoluciones, de lo anterior se desprende el principio general de derecho procesal y procedimiento administrativo de que donde no hay interés no hay acción.

3ª.- Sucesión en la legitimación.- En general una de las causas del sobreseimiento es la muerte del demandante, si el acto afecta solo sus derechos estrictamente personales, pero si no es así, procederá la sucesión en el procedimiento administrativo; así lo establece por ejemplo el artículo 268 fracción III Código de

¹ Ibid. P. 73.

Procedimientos del Estado de México. Si es transmisible la relación jurídica una vez dictada la resolución, no hay razón alguna para no admitir la transmisión durante la tramitación del procedimiento. Nuestra ley local en su artículo 2º fracción VII define al causahabiente como *“persona que sucede o se subroga en el derecho de otra”*.

4ª.- Representación.- Los interesados pueden comparecer por sí o a través de representante, al que no deben exigírsele condiciones especiales, pero para garantía del administrado deben regularse profesiones especializadas para actuar ante la Administración, respetando la voluntad del administrado para encomendar voluntariamente la representación a uno de esos profesionales u otros relacionados.

5ª.-Casos en que hay pluralidad de interesados.-

- a) Además del que inicia el procedimiento, son interesados, los titulares de derechos que resultan directamente afectados por la resolución del procedimiento.
- b) Los que sin ser titulares de derechos se apersonen y tengan un interés legítimo que puede ser afectado por la resolución, debiéndose articular medios eficaces de publicidad que les permita conocer la existencia del procedimiento.
- c) Si son varios los que inician o son varios los afectados, aunque ambos casos siguen siendo bilaterales.
- d) Cuando aparezcan dos grupos de interesados en posiciones contrapuestas o contradictorias, adquiriendo el procedimiento administrativo una estructura triangular, con la Administración como órgano supraordenado a ambos grupos.
- e) Los terceros que intervienen con la misma posición inicial, adhiriéndose a ella o formulando una idéntica.
- f) Frente a los que inicien el procedimiento o los terceros que intervengan adhiriéndose a la posición de aquellos.
- g) Si aparecen interesados manteniendo posiciones contrapuestas, el procedimiento adquiere un carácter contradictorio, debiendo la administración

asegurar la participación igualitaria de todos, ya que en otro caso se incurrirá en nulidad de actuaciones.¹

El objeto del procedimiento administrativo como cause formal de la función administrativa, según Gonzáles Pérez Jesús, es *“...la concreta función que en el mismo se realice. Por tanto no puede hablarse propiamente de un objeto del procedimiento administrativo como algo distinto del objeto de la función administrativa.”* Y agrega que el objeto de la función administrativa *“...se concreta y delimita al realizarse en un determinado procedimiento administrativo”*. Finalmente concluye este autor que cada procedimiento tendrá un objeto específico, delimitado por la naturaleza del mismo y por el acto de iniciación; y el cual no podrá ser excedido por la resolución del procedimiento.² De lo anterior se desprende que el objeto del procedimiento administrativo y el de la función administrativa son el mismo, el cual se concreta y delimita por otro procedimiento administrativo. La naturaleza jurídica de este objeto radica en su delimitación, la cual determina la validez del acto que pone fin al procedimiento y las potestades del órgano administrativo, tales como dirigir el procedimiento, ordenar lo conveniente para establecer y resolver la cuestión planteada, indagar y determinar los hechos, comprobando su verdad...etc. Por su parte nuestra ley local en su artículo 88 dice que las resoluciones deben decidir todas y cada una de las cuestiones planteadas por los interesados o previstas por la norma.

Si el procedimiento lo inicia el administrado, la petición no es decisiva para delimitar el objeto, y la delimitación inicial podrá alterarse a lo largo del procedimiento por parte del interesado o de la Administración, con límites señalados y garantía de audiencia; y hay que considerar que el acto administrativo que ponga fin al procedimiento deberá versar sobre el que fue su objeto, *“determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar.”*, según el artículo 6 fracción III de la ley local.

¹ Ibid. P. 80.

² Ibid. P. 81.

Por otra parte el objeto del procedimiento administrativo es determinante en la substanciación de otras figuras procesales tales como las siguientes:

1ª.- Incidentes.- Si durante la tramitación del procedimiento surge, junto al objeto principal, otro secundario o accidental, ha de regularse la tramitación del incidente de modo que solo se suspenda la tramitación del procedimiento principal en cuanto sea ineludible para una adecuada resolución; así lo imponen los principios de celeridad y eficacia establecidos en los artículos 85 y 86 de la ley local. Según el segundo de estos preceptos *"...los incidentes para que se resuelvan conjuntamente con el principal deberán hacerse valer antes de la celebración de la audiencia, los que surgieren después de la audiencia se podrán hacer valer en vía de recurso de inconformidad"*.

2ª .- Acumulación.- Si en un procedimiento solo se debe plantear la cuestión que constituye su objeto, razones de economía, celeridad y eficacia, pueden aconsejar que en un solo procedimiento se decidan cuestiones que constituyan el objeto de procedimientos distintos. Al respecto hay que distinguir:

a.- Que sea la ley reguladora de determinadas funciones, la que establezca la decisión de las cuestiones conexas en un solo procedimiento, evitando así la peregrinación del administrado por los distintos órganos competentes, solicitando autorizaciones para realizar una actividad. Le bastará con acudir al órgano de competencia mas específica en relación con el objeto de que se trate, quien recabará de los otros a los que competa algún genero de intervención en el asunto, cuantos informes y autorizaciones sean precisos.

b.- Aunque la ley no lo opera específicamente, ha de reconocerse la posibilidad de que el órgano administrativo competente, de oficio o a instancia del interesado, acuerde la acumulación de un procedimiento a otro, si existe íntima conexión entre ellos y las leyes en general permiten tal acumulación en cualquier momento del procedimiento.

1.2.7. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El procedimiento administrativo tiene como principal ámbito de aplicación la actuación administrativa, la cual abarca tanto los actos del administrado como los de la Administración, y un régimen jurídico del acto administrativo, en sus requisitos, invalidez y efectos. En el capítulo 1 de este estudio, y en particular en el apartado sobre las funciones de la Administración Pública establecimos que la función administrativa se realiza a través del procedimiento, en el cual se distinguen a su vez las siguientes categorías o tipos fundamentales de actos de la Administración:¹

a.- Actos de trámite que integran el procedimiento.- Son el presupuesto y garantía de acierto de la decisión o resolución en que se concreta la función administrativa. Se limitan a promulgar la actividad administrativa para llegar a la decisión o efectividad de una cuestión de esta índole; carecen de sustantividad en materia decisoria trascendental, pues aparecen como simples eslabones del procedimiento, sin individualidad propia, al ser absorbibles por la unidad del mismo.

b.- Resoluciones que deciden los procedimientos.- Son los actos que constituyen la manifestación final de la acción administrativa, y que resuelven una instancia, cualquiera que sea el sentido de la resolución. Se caracterizan porque constituyen declaraciones de voluntad, y no de juicio, conocimiento o deseo.

c.- Actos de ejecución.- Se limitan a realizar lo dispuesto en otro anterior, aunque en muchos casos la ejecución no requiere un nuevo acto administrativo, sino una serie de operaciones materiales. Pero a veces sí requiere auténticos actos administrativos, como en la vía de apremio la serie de actos que hay que dictar para llegar a obtener las cantidades debidas por el obligado. Son actos administrativos los actos jurídicos de ejecución que no pueden confundirse con los

¹ Ibid. P. p. 87-88.

actos de trámite. Pues mientras estos son preparatorios del acto definitivo, los de ejecución presuponen una resolución.

En cuanto a los actos del administrado, estos se pueden producir antes o después de dictar la resolución, en ambos momentos estos actos serán presupuesto de validez de la actuación administrativa. Si se producen antes de dictar resolución, son presupuesto de la resolución definitiva; si se producen después, son presupuesto de las actuaciones de ejecución administrativa. Sus efectos son procedimentales, pues podrán determinar el nacimiento, desarrollo o terminación del procedimiento declarativo, y en su caso del ejecutivo.¹

La regulación de los actos del procedimiento es un segundo ámbito de aplicación del procedimiento administrativo, pues hay diferencias notables entre el régimen de los actos de la Administración Pública y los del administrado en el procedimiento administrativo. Por lo que la expresión “*acto administrativo*” se refiere, en estricto sentido a la declaración unilateral emanada de la Administración, “*en el ejercicio de las facultades que le son conferidas por los ordenamientos jurídicos*”, según delimita el artículo 2º fracción I de nuestra ley local, añadiendo tal precepto que el acto administrativo “*tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir una situación jurídica concreta, cuya finalidad es la satisfacción del interés general*”.

¹ Ibid. P. 89.

CAPÍTULO 2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA.

Antes de definir al contrato administrativo es conveniente recordar algunos conceptos relacionados como los siguientes:

1º.- *Convenio, convención o pacto.*- En general y jurídicamente son equivalentes entre sí, y consisten en un acuerdo o consentimiento de dos o más personas o entidades sobre una misma cosa, para generar, transmitir, reformar o suprimir obligaciones y derechos. Rogina Villegas, citado por Martínez Morales, define al convenio como un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos, distinguiéndole una función positiva cuando los crea o transmite, y otra negativa cuando los modifica o extingue; tratándose en el primer caso del contrato, como una especie del convenio.¹ Por su parte De Pina, citado por Fernández Ruiz, lo define como disposición particular inserta en un contrato, que no obstante encontrarse relacionados con el contenido del mismo, no es esencial para su existencia.² Nuestro Código Civil en su artículo 1792 define al convenio como acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y al pacto en sus artículos 180 a 192 lo considera sinónimo de convenio o capitulación, pero en sentido restringido lo considera incluido dentro de los contratos (pactos de retroventa y preferencia) o particularmente en la compraventa, señalados como una posibilidad de pactar. En el ámbito del derecho administrativo el convenio es un instrumento para modificar los contratos de obra pública³ y se equipara a los pactos que las leyes sobre esa materia contemplan, como en el caso de la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, que en diversos artículos habla del deber y posibilidad de pactar y de diversos aspectos pactados.

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos*, Harla, 3ª ed. México, 2001. p. 100

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo: Contratos*. Porrúa: México 2000. p. 39.

³ *Ibid.* P. 40.

2º.- *Contrato*.- La palabra contrato deriva del latín *contractus* que quiere decir lo contraído, derivado a su vez de *cum* y *traho*, traducibles como venir en uno, ligarse, lo que después se entendió como acuerdo de voluntades. Según el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, los convenios que transfieren o producen las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, por lo que se desprende que para este ordenamiento, convenio es el género y contrato es la especie. El significado semántico de contrato es pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada; pero puede ser concebido como un acuerdo de voluntades que crea obligaciones y derechos para las partes que lo celebran con objeto determinado, que puede ser específico para cada una de ellas y a cuyo cumplimiento pueden ser obligadas. Recordemos que Rogina Villegas, citado por Martínez Morales, define al contrato como acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y como una especie dentro del género de los convenios. Sin embargo para algunos autores, ambas figuras son contratos en amplio sentido, definiéndolos como una convención, convenio, acto jurídico bilateral o acuerdo para crear relaciones de obligación, modificar, extinguir las existentes, o para constituir relaciones de derecho. En sentido estricto el contrato es una especie de convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial; es un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral. Los contratos pueden ser principalmente civiles, mercantiles, administrativos y laborales, y cada una de estas categorías contractuales se rigen por principios y preceptos normativos distintos, lo cual no obsta para que en algunos aspectos la normativa aplicable sea o pueda ser común.

El concepto de contrato administrativo implica tener presentes los anteriores conceptos generales de convenio y contrato, y a pesar de la gran diversidad de conceptos que de él ha elaborado la doctrina, para la mayoría de los autores contrato administrativo es el celebrado entre particulares y Administración Pública a través de uno de sus órganos, organismos o sociedades, para ejecutar obras, gestionar servicios o prestar suministros al Estado, para cumplir o satisfacer fines o necesidades públicas, con subordinación de dichos particulares a la

Administración, quien actúa en ejercicio de una función administrativa con formalidades especiales y cláusulas exorbitantes de derecho privado. Algunos otros autores definen al contrato administrativo como un negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas privadas o públicas, por utilidad pública y para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico regulado por leyes de interés público.

La naturaleza administrativa de los contratos celebrados por el poder público con los particulares, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, citada por Fernández Ruiz, es determinada por la finalidad que se persiguió al celebrarlos; de manera que si su objeto o finalidad están íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, es un contrato administrativo; pero si el estado contrata sin compromiso para el cumplimiento de sus atribuciones, será un contrato civil.¹ Para Bercaitz, citado por Fernández Ruiz, por su naturaleza son contratos administrativos los celebrados por la Administración Pública con un fin público, pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o cuando su ejecución puede afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos al régimen exorbitante de derecho privado con subordinación del contratista a la Administración Pública.²

La naturaleza de los contratos administrativos es peculiar porque uno de los contratantes es el Estado, y porque el régimen constitucional y administrativo a que están sujetos prescribe requisitos especiales distintos a los que exigen las leyes civiles; y finalmente porque las mismas leyes especiales de la Administración, imponen a ésta serias restricciones en cuanto a los objetos que puedan ser materia de contratación. El Estado, para el logro de sus fines y desarrollar su actividad, tiene necesidad de recurrir a la técnica contractual, como un medio de obtener la colaboración voluntaria de los administrados con la

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 104.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII, Porrúa-UNAM, 2002, P. 787.

Administración, mediante prestaciones de bienes y servicios personales, pues les compra inmuebles, equipo y servicios; les arrienda bienes, les encarga la construcción de obras públicas, se asocia con ellos en empresas mercantiles...

Esta colaboración es una necesidad para el Estado porque él no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere. Sin embargo y a pesar de las múltiples desventajas para ellos, los particulares parecen estar más interesados en contratar con la Administración Pública, en razón del volumen de los bienes o servicios que se proporciona a los entes del Estado, lo que hace ganar a los particulares de una manera superior que si contratan entre ellos. Así, no solo la Administración Pública necesita de los particulares, sino que estos también requieren de los contratos de aquella, con la característica de que la Administración siempre debe ver por el bien de la colectividad y su actuar se rige por ese principio, en tanto que el particular busca el lucro o interés personal. Por tanto, además de la colaboración señalada hay correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares. Cabe señalar que la colaboración de los particulares con la Administración no solo es voluntaria a través del contrato, sino también puede ser forzosa, mediante actos unilaterales estatales como la expropiación, nacionalización o requisa etc...

Algunos autores consideran que el contrato administrativo es típicamente un contrato de adhesión, en el cual las cláusulas están previamente determinadas por la autoridad y que el particular únicamente expresa su voluntad en obligarse sin condiciones.¹ Al respecto mencionemos también la naturaleza desigual de las partes como propia de este contrato administrativo, y que consiste, según Gabino Fraga, en que *"...a diferencia del civil, supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes..."*, lo cual *"...significa que el Estado, en situación de superioridad ...puede imponer ...las cláusulas del convenio, no quedando al*

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Tomo I, Porrúa, México, 1998. p. 636.

particular ni la posibilidad jurídica de discutirlos."¹ Recordemos que entre los sujetos, la relación jurídica contractual puede ser de:

A.- *Coordinación*.- Cuando tales sujetos actúan en un mismo plano no hay desigualdad entre las partes contratantes, regulando esta relación el derecho privado.

B.- *Supraordinación* y su correlativa subordinación o supra a subordinación.- Es en ésta relación donde se da la desigualdad jurídica de las partes, pues actúan en planos desiguales, dada la superioridad de una de ellas respecto de la otra, que le queda subordinada, regulando esta relación el derecho público. Entonces conforme a esta teoría, en el contrato administrativo la parte que está en un plano superior es la Administración Pública, y la que está en un plano inferior es el particular, que correlativamente se halla subordinado a aquella.

2.2. UBICACIÓN DOCTRINAL Y LEGAL

Evidentemente el contrato administrativo se ubica dentro de la actividad estatal, que según Fernández Ruiz, está determinada por los fines del Estado y configurada por sus planes, programas, actos y operaciones; y Serra Rojas, citado por aquel, la define como el conjunto de normas que crean órganos para alcanzar dichos fines.² A su vez, dentro de esta actividad estatal se ubica la contractual, determinada por la gran cantidad y diversidad de cuestiones en la función pública, y materializada en convenios y contratos realizados por la Administración, contando para ello con la ya citada colaboración indispensable de los particulares. Esta actividad contractual genera relaciones entre el Estado y los particulares mediante la celebración de determinados pactos o convenios para producir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, dentro de los cuales según ya vimos en el apartado respectivo, se ubican los contratos como su especie, cuando consisten en un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

¹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Porrúa, México, 2001. P. 398.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa México. 2000. p. 57.

En general, dentro de los actos contractuales que celebra la Administración Pública están los sujetos al derecho privado y los sujetos a un régimen exorbitante de éste derecho, el cual es constitutivo de derecho público y particularmente de derecho administrativo, en el que se encuentran los contratos administrativos y demás convenios. A mayor abundamiento Brewer Carías, citado por Acosta Romero, afirma que *"los contratos de la Administración se presentan bajo dos formas distintas... negocios jurídicos con los particulares bajo la forma de contrato de derecho privado, es decir, contratos idénticos a aquellos de los particulares, tal como están regidos en el código civil, ...la administración del dominio privado del Estado puede dar en arrendamiento o arrendar amigablemente un inmueble. La Administración recurre muy frecuentemente a este tipo de contrato; ello es la regla en el campo del dominio industrial y comercial del Estado. Pero la Administración puede realizar también actos bilaterales que si bien tienen naturaleza contractual como consecuencia de su contenido, la relación jurídica que surge es una relación de derecho administrativo, y por tanto estarán sometidos a normas jurídicas autónomas, algunas de las cuales son distintas de las del derecho privado. Estos contratos forman dentro de los contratos de la Administración, la categoría particular de los contratos administrativos."*¹

En otro sentido, si separamos los actos de la Administración Pública en dos grandes segmentos, según produzcan o no consecuencias jurídicas, tales actos serán jurídicos y no jurídicos respectivamente. Los segundos no producen efectos jurídicos, aún cuando en ellos se manifiesten también dos voluntades, como en el caso de los informes u opiniones de servidores públicos; o si los llegan a producir, como dictámenes o peritajes, no son efectos jurídicos directos.²

El contrato administrativo, siendo un acto jurídico específico, se ubica como un acto administrativo en sentido amplio, realizado por la Administración Pública en ejercicio de función administrativa, para producir efectos jurídicos. Lo anterior

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p. 627.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa. México 2000. p. 84.

se desprende del siguiente concepto que nos ofrece Agustín A. Gordillo, citado por Fernández Ruiz, cuando dice que *“...en sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos, y en sentido restringido sería solo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos.”* Ello significa que el acto administrativo en sentido restringido, es sólo la declaración administrativa unilateral e individual que produzca efectos jurídicos; y en sentido amplio abarca tanto la ya citada declaración unilateral e individual, como las demás declaraciones administrativas que produzcan efectos jurídicos, y que pueden ser generales, como el reglamento, o bilaterales, como el contrato.¹

El contrato administrativo se vincula estrecha y necesariamente a la satisfacción de las necesidades colectivas y al cumplimiento de las atribuciones del Estado, pero no basta la intervención de éste para calificarlo, sino que debemos considerar otros criterios para distinguirlo del contrato civil celebrado también por la Administración. Veamos algunos de estos criterios:

1°.- Objetivo o Intrínseco.- Si el objeto de contrato va íntimamente relacionado con la actividad de la Administración Pública, con el interés general, el servicio y utilidad pública, para satisfacer una necesidad colectiva. Es decir que se despoja al contrato de la finalidad de lucro y se atiende el interés público.

2°.- Del régimen a que están sujetos.-

A.- De derecho privado.- Regula los contratos civiles de la Administración a través de normas de derecho civil o mercantil; sin que ello sea óbice para que la Administración, previamente a la celebración de estos contratos se someta a diversas leyes públicas como las de deuda, presupuesto, gasto, planeación, adquisiciones y obras...etc.²

¹ Idem.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 105.

B.- De derecho público.- Rige todos los contratos realizados por la Administración, aunque, según Dromi, citado por Ghersi, los celebrados entre particulares también están regidos por el derecho público pues por ejemplo, les fija plazos, precios, cumplimiento, prórroga, etc. para salvaguardar intereses comunitarios, y además el Estado es también parte interesada en la celebración y ejecución de los contratos privados *strictu sensu*. De lo anterior se puede concluir que todos los contratos tienen elementos de derecho administrativo y privado, lo que hay que determinar es el derecho preponderantemente aplicable.¹

C.- Régimen jurídico exorbitante de derecho privado.- Rige los contratos administrativos de la Administración Pública y descansa en la utilidad pública o social de los contratos en general, pues según Gabino Fraga *"...así como la finalidad diferente es motivo para que dentro del mismo derecho privado se clasifiquen los contratos en civiles y mercantiles y que éstos últimos queden sujetos a un régimen legal diverso del que se aplica a los primeros, así los contratos que el Estado celebra con fines especiales, distintos de los que persiguen los particulares en sus relaciones civiles o mercantiles, exigen por la misma razón, un régimen jurídico especial"*. Y agrega dicho autor que, considerando que la vida comercial y sus procedimientos no se han podido contener en el derecho civil, originando el derecho mercantil como su derecho exorbitante del civil, las finalidades diversas de la vida estatal y los procedimientos en ellas usados, completamente diversos de las finalidades y procedimientos de la vida civil y de la mercantil, imponen la exigencia de otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos.² Este criterio constituye también una característica del contrato administrativo, la cual se estudia como tal en el siguiente punto de este capítulo.

3º.- Hechos del príncipe.- Fernández Ruiz los define como *"...alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado"*

¹ GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Mercantiles*, Buenos Aires, 2002. pp. 403-404.

² FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 399

contratante y en su perjuicio, derivadas de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública ".¹ Martínez Morales los ubica como parte del régimen exorbitante, y los define como cualquier modificación a las condiciones que se hayan pactado en el contrato original, por parte de la autoridad pública.² Por su parte Acosta Romero agrega que dicha autoridad, gracias a su ventaja jurídica respecto al contratante, podrá entre otras cosas dejar sin efecto el contrato a causa de su incumplimiento, por necesidades colectivas o interés general; podrá también variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, así como la extensión de la obligación del contratante; y podrá rescindir unilateralmente el contrato, ejecutarlo forzosamente o por un tercero en caso de morosidad.³

4º.-Teleológico o por su finalidad.- Por la cantidad de tareas de la Administración, ésta tiene necesidad de contratar con los particulares para alcanzar los fines del Estado, generándose actos que el derecho privado no puede regular. De lo anterior surge este principio que se constituye por los fines del contrato administrativo, distintos a los del privado, y que en general se engloban en la satisfacción de necesidades generales o públicas, y en particular, según Fernández Ruiz, se pueden desarrollar si el contrato se realiza con fines de.⁴

A.- Servicio público.- El contrato es administrativo si su fin es satisfacer un servicio u organizar su funcionamiento, lo que otros autores consideran impreciso por la diversidad de criterios para determinar el concepto de servicio público, ya que se dejaría fuera a contratos tan evidentemente administrativos como el de obra pública.⁵

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 89.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 106.

³ ACOSTA ROMERO, Miguel Op. Cit. p. 636.

⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII, Porrúa-UNAM, 2002, P. 784-785.

⁵ Idem

B.- Utilidad pública.- El contrato es administrativo si su fin es la utilidad pública, aunque al igual que en el de servicios públicos, se critica la imprecisión de ambos conceptos (servicios públicos y utilidad pública). Además, según Fernández Ruiz, “...los particulares pueden realizar entre si contratos con fines de utilidad pública.”, y en cuanto a la Administración, agrega dicho autor, ésta puede celebrar contratos civiles por utilidad pública (locación de inmueble para escuela.) y administrativos que no persigan directamente tal utilidad (concesión).¹

C.- Interés público.- Además de que es también impreciso tal interés, los contratos entre particulares también pueden tener dicha finalidad.

5º.- Legal.- Es el mas pragmático y conforme a él son administrativos los contratos que así los califique la ley, de manera que es la norma legal quien los sujeta a un régimen de derecho público, sin importar la naturaleza del contrato. Pero este criterio es objetable porque el legislador puede considerar administrativos contratos privados de la Administración, o también puede no señalar tal carácter administrativo a los que si lo tengan.

6º.- Mixto.- Surge por la dificultad para determinar el carácter administrativo de los contratos a la luz de una sola teoría, y por tanto contiene elementos de varias teorías. Así por ejemplo, según Nava Negrete, citado por Fernández Ruiz, las razones o criterios para determinar si un contrato es administrativo o privado son la determinación de la ley, la voluntad de las partes, el objeto y la naturaleza del contrato.² Para el segundo de estos autores, los elementos de este criterio son:³

A.-Que al menos una de las partes sea persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales y

¹ Idem.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa, México, 2000. p. 80.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII, Porrúa-UNAM, 2002. P. 786.

posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado no contrarias al derecho público.

B.- La satisfacción de necesidades generales, del interés público o utilidad pública.

C.- Que por su objeto puedan ser de:

a.- *Atribución*.- Si no persiguen directamente un interés público, si su objeto pertenece al comercio de derecho público (concesión de bienes del dominio público), o si la Administración está a cargo de la prestación principal, la cual imposibilita construir materia de contrato entre particulares, porque se trata de un acuerdo contractual cuyo fin es exclusivo del Estado.¹

b.- *Colaboración*.- Si la prestación esencial está a cargo del particular o se relaciona directa e inmediatamente con las funciones específicas del Estado (concesión de servicios públicos).

7º.- De doble exigencia.- Aunque la Administración debe responder como organizadora de la sociedad, no puede proveer totalmente lo que ésta necesita, pero sí puede organizarse y coordinarse con ella para satisfacer los requerimientos comunitarios; y por la naturaleza de la actividad administrativa, puede imponer el cumplimiento forzoso e inmediato de un contrato, previo al conocimiento del poder judicial.²

8º.- De mutabilidad del contrato.- Si por motivos de interés público se pueden dar y justificar modificaciones en sus cláusulas, lo que permite que el ente público tenga amplitud y flexibilidad en sus relaciones contractuales, situación imposible en los contratos de derecho privado.³

9º.- Sustancial.- Si el contrato sólo lo puede concluir una persona pública, dado su objeto, su fin..etc. y si su naturaleza se determina mas que por su nombre y

¹ GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Mercantiles*, Buenos Aires, 2002. pp. 401-402.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 107.

³ Idem. P. 108.

forma, por su alcance y finalidad. Este criterio tiene como centro de discusión el análisis de la relación jurídica contractual, que debe considerar todos los elementos que la componen. (sujetos, voluntades, objeto, derechos y obligaciones).

Sin embargo algunos autores niegan éste criterio al considerar que los contratos administrativos tienen una equivalencia estructural y funcional con los módulos contractuales en el derecho privado. Postulan que las prerrogativas administrativas no laceran la estructura básica (idéntica a la privada) del contrato, porque no surgen del contrato mismo sino de la posición jurídica extracontractual de la Administración.¹

Finalmente junto al contrato administrativo, también se ubica el cuasicontrato, aún cuando éste no esté regulado expresamente en nuestra legislación. Ya el Digesto hacía referencia a esta figura concibiéndola como la adquisición de obligaciones que no encontraban su origen en un contrato o delito, sino en hechos que generaban efectos similares a los de tales figuras jurídicas. Las Instituciones de Justiniano por su parte hablan de obligaciones que nacen como de un contrato, pues no se consideran nacidas propiamente de él, sino que se estiman nacidas como del contrato; es decir *cuasi ex contractu*. El cuasicontrato se incluyó en el Código de Napoleón, considerando a sus obligaciones como compromisos sin contrato, pues resultan de la ley o hechos personales del obligado y actos puramente voluntarios del hombre. Posteriormente esta figura pasó a los códigos latinos, de manera que por ejemplo el Código Civil Italiano lo considera como un hecho voluntario y lícito, del cual resulta una obligación hacia un tercero o una obligación recíproca entre dos partes; y que a pesar de carecer de acuerdo de voluntades o consentimiento, genera efectos similares a los del contrato.²

¹ GHERSI, Carlos Alberto. Op. Cit. pp. 399-400.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa. México. 2000. p. 152-153.

Fernández Ruiz define al cuasicontrato como el hecho lícito unilateral que sin provenir de un acuerdo previo da lugar a obligaciones y acciones similares a las generadas por los contratos que se le parecen en sus efectos; y Francisco Rissi, citado por aquel, lo concibe como una forma distinta del contrato con el que tiene puntos de contacto o semejanza, pues en ambos hay dos consentimientos pero en el cuasicontrato uno de ellos es real y el otro presunto o supuesto por el legislador.¹ Históricamente las figuras clásicas del cuasicontrato han sido la gestión de negocios y el pago de lo indebido, las cuales sí aparecen reguladas en nuestro Código Civil, aunque éste no regule expresamente el cuasicontrato. En la exposición de motivos de tal ordenamiento, citada por Fernández Ruiz, se dice que los antecedentes jurídicos de éstas dos figuras se encuentran en el código del 84 en un título especial llamado de las obligaciones no contractuales, en donde se estudia la restitución de lo pagado indebidamente, la responsabilidad civil por actos ilícitos y la gestión de negocios; y agrega tal exposición que el carácter no contractual de éstas figuras es porque analizada su fuente *"...no se encuentra en ellas la coexistencia de voluntades, que es el elemento esencial para el nacimiento del contrato."* Por su parte el autor citado concluye que aunque ha sufrido descrédito en la doctrina civilista, en lo administrativo ha ganado prestigio esta figura del cuasicontrato, y ha conquistado adeptos por ejemplo en el enriquecimiento sin causa, gestión de negocios o subcontratista no autorizado del contrato administrativo.²

2.3. CARACTERÍSTICAS

Son rasgos distintivos esenciales sin los cuales el contrato no se configura como negocio contractual, o al menos como contrato administrativo, destacando las siguientes:

1º.- Juridicidad.- Implica la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones; y por ello el contrato administrativo es un acto jurídico

¹ Ibid. p. 54.

² Ibid. P. p. 55-56 y 152.

voluntario que como tal interviene para producir una modificación en el ordenamiento jurídico.

2ª.- Bilateralidad.- Significa que son sinalagmáticos, pues ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y reciprocas, razón por la cual los contratistas son deudores y acreedores entre si.

3ª .- Desigualdad de las partes.- Mientras la igualdad es una característica de los contratos privados, la desigualdad es un carácter esencial del contrato administrativo, sin que sea óbice para ello la celebración de contratos entre dos personas de derecho público, porque de ubicarse en un plano de igualdad estarían celebrando un contrato civil, y si se sujetaran a un régimen exorbitante de derecho privado, donde una de ellas estaría en situación de privilegio respecto de la otra, estarían celebrando el llamado contrato interadministrativo. Al respecto Bercaltz, citado por Fernández Ruiz, señala que en un verdadero contrato administrativo, el titular del servicio público, de la obra pública o de dominio público, tendrá siempre una situación de privilegio frente a la otra, impuesto por la necesidad del servicio de que se trate o por la necesidad pública que el contrato afecte.¹ Esta característica deriva de la que se refiere al régimen exorbitante de derecho privado, así como de la naturaleza desigual de las partes en el contrato administrativo, ya vista en el primer punto de este capítulo.

4ª.-Restricción de la libertad de las partes.- La Administración contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual: desde la selección del contratante hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasando por el procedimiento de contratación. Por su parte el contratista también ve restringida su libertad contractual al ser marginado en la elaboración y redacción del clausulado del contrato, mismo que es formulado por la Administración de acuerdo con la normativa jurídica en vigor, por lo que la libertad de aquel se ve reducida a

¹ Ibid. P. 85.

su mínima expresión: contrata o no. Además tal contratista carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser este *intuitu personae*, independientemente de que tal libertad sería una forma de evadir la restricción impuesta a la Administración Pública contratante para elegir al contratista. De lo anterior podemos concluir que la actuación de la Administración no es enteramente discrecional ni arbitraria, pues está sujeta a la ley; mientras que el contratista también debe cumplir requisitos y ajustarse a las disposiciones legales y condiciones que imponga el ente público.

5º.-Interés público prevaleciente.- El predominio del interés público sobre el privado es un carácter esencial, pues tal preponderancia es guía que orienta el ejercicio de la función administrativa, de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones. Este interés público prevaleciente es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad. Finalmente el interés público invariablemente se presenta y prevalece en la obra pública, el dominio público, el crédito público o cualquier actividad a que se refiera el contrato administrativo, de ahí su mutabilidad y su régimen exorbitante de derecho privado.

6º.- Régimen jurídico exorbitante de derecho privado.- Es el que se aplica en los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, donde ésta actúa como "poder" y no como simple persona jurídica,¹ y cuyas características principales son:

1ª.- Es independiente de la voluntad de las partes, pues existe aún contra la voluntad de someterse a él.

2ª.- Contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales indican la existencia de un régimen especial de derecho público, que en este caso es el derecho administrativo.

¹ FRAGA, Gabino. Op. Cit. P. 397.

3ª.- Es distinto de la cláusula exorbitante, que sí depende de la voluntad de quienes contratan.¹

4ª .- Se manifiesta con prerrogativas de los poderes públicos (dirección, control, modificación, sanción, interpretación y revocación), y por garantías del administrado o principios de legalidad, propiedad o remuneración al contratista, igualdad, razón, justicia y debido proceso.

5ª .- No es causa sino consecuencia del carácter administrativo de los contratos que regula, pues un contrato privado no puede convertirse en administrativo por incluir una cláusula inadmisibles en el derecho común, sino que seguirá siendo privado y la cláusula será inexistente. En cambio el contrato administrativo, por el hecho de serlo admite cláusulas inadmisibles en el derecho privado, pero no debe a ellas ese carácter, lo contrario significaría que los contratos serían administrativos a voluntad de las partes.²

6ª .- Se le llama exorbitante porque aunque en parte es de derecho público y en parte de derecho privado, en ambos casos rebasa al segundo derecho. Si este derecho privado fuera suficiente para regular a los contratos de la Administración, el contrato administrativo no tendría razón de ser, pues sólo se justifica si su régimen jurídico es sustancialmente distinto del que rige las relaciones contractuales de los particulares.

En cuanto a las cláusulas exorbitantes que contiene este régimen jurídico, hay que destacar que a las mismas se les concibe como estipulaciones, disposiciones o acuerdos para conferir a las partes derechos y obligaciones, ajenos por su naturaleza a los susceptibles de ser consentidos por una persona en las leyes civiles o mercantiles,³ rebasando así la órbita del derecho privado. Las principales características de dichas cláusulas son las siguientes:

A.- Conceden y atribuyen a la Administración Pública derechos y ventajas contractuales no conferibles a ningún particular, lo cual rompe con el principio civil

¹ GHERSI, Carlos Alberto. Op. Cit pp. 403-404.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p.p. 76-77.

³ MARTINEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 106.

de igualdad de las partes, que en derecho privado puede dar lugar a la ilicitud o nulidad.

B.- No las contienen los contratos privados o les son inusuales, o incluso si se les incorpora son ilícitas.

C.- Otorgan al particular poderes o facultades específicos respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado.

D.- No son contrarias al derecho público, pero si son inadmisibles en cualquier contrato privado, y por tanto imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares.

Estas cláusulas pueden ser explícitas o implícitas; las primeras serán las que figuren 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.¹ Legal y prácticamente destacan como cláusulas exorbitantes la rescisión unilateral, las penales, modificación, ejecución directa, obligación de ejecución forzosa del contrato, rescisión o revocación unilateral de éste por parte de la Administración Pública contratante.

7ª.- Afectación de terceros.- Según Bercaitz, citado por Acosta Romero, los efectos del contrato administrativo no sólo son entre las partes, sino también alcanzan a terceros que no han intervenido en el contrato. Y el segundo autor agrega que *“Lo pactado entre la Administración Pública y el contratante surte efectos respecto del usuario del servicio y la obra, o de los contribuyentes beneficiados con ella según los casos”*.²

8ª.- Principios de equidad y justicia.- Necesariamente deben acompañar al régimen exorbitante, y en particular a sus reglas sobre competencia, requisitos y

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p.p. 76.

² ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p. 636.

solemnidades en la celebración del contrato. Tales principios implícitamente dominan todo contrato, y entre ellos destacan los siguientes:

A.- La palabra dada debe ser respetada.

B.- El que comete una falta en la ejecución de sus obligaciones debe soportar las consecuencias.

C.- 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. Al respecto Gabino Fraga dice que *"...la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos, debe ser la que en caso de duda, las cláusulas de aquellos deben entenderse en el sentido que sea mas favorable al correcto desempeño, por parte del Estado, de la atribución que está comprometida"*¹

D.- Las obligaciones de las partes no son sólo las que están formalmente expresadas en los contratos, sino todas las que resulten de su naturaleza y de los usos admitidos en ellos. Al respecto hay que considerar que la idea general de justicia y 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, pues el derecho privado no tiene en cuenta las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público o las necesidades del cumplimiento eficaz en las atribuciones del Estado.

2.4. PRINCIPIOS.

1º.- *De legalidad*.- El contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado y preciso, para que los órganos o autoridades de la Administración Pública sólo puedan hacer lo que la ley expresamente les permita.

¹ FRAGA, Gabino. Op. cit. P. 402.

2º.- *De mutabilidad.*- En virtud de su *ius variandi*, la Administración Pública puede, según Fernández Ruiz, modificar unilateralmente el contrato administrativo “...en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual *'pacta sunt servanda'*” (obligatoriedad de los pactos libremente establecidos). Por lo anterior, agrega tal autor, éste es el principio rector más importante que deriva del interés público y orienta al contrato administrativo, e implica la potestad de la Administración para modificar el objeto del contrato, asegurando su mejor realización o adaptación a sus fines. La Administración, concluye el autor citado, no puede renunciar a esta potestad, ni “...*cercenar su voluntad en la gestión del interés general...*”, e incluso, si en el contrato se declara la renuncia a dicha potestad, ello sería nulo y sin valor.¹

3º.- *De continuidad.*- La ejecución del contrato no debe interrumpirse ni retrasarse para que pueda alcanzar su finalidad, y ello constituye un derecho de la Administración a cargo del contratista, a quien el Interés público impone esa continua prestación; pudiéndose recurrir, en caso de interrumpirse, a la ejecución por cuenta del contratista, lo cual representa una notable diferencia con el contrato privado, en el cual las partes carecen de la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicional.² Hay que señalar que son excepciones a este principio de continuidad la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, los cuales estudiaremos en el siguiente principio.

4º.- *Del equilibrio financiero.*- Consiste en evitar al máximo que las partes resulten perjudicadas por una relación inequitativa, a través de los siguientes mecanismos:

a.- Hecho del príncipe.- En el capítulo 2 numeral 2.2. que se refiere a la ubicación doctrinal del contrato administrativo, se vio ya este mecanismo del equilibrio financiero como uno de los criterios para distinguir, dentro de los contratos de la Administración Pública, el contrato administrativo del civil.

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 89.

² Ibid. P. p. 87-88.

b.- Teoría de la imprevisión, de la lesión sobrevenida o del riesgo imprevisible.- Para Fernández Ruiz es resultado de situaciones especiales monetarias, económicas, financieras o políticas, y conforme a la 5ª Conferencia Interamericana de Abogados, en Lima Perú, se presenta cuando sobrevienen *"...hechos extraordinarios que alteran las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles..."*,¹ y si ante tales hechos el contratista cumple su obligación, tiene derecho de exigir a la Administración que le cubra equitativamente los aumentos producidos y derivados de esas situaciones especiales. Dicha imprevisión contempla también un reajuste equitativo por revisión administrativa que puede dar lugar a una modificación tarifaria, a una ampliación del plazo de vigencia, a una prórroga del plazo de ejecución de un contrato de obra pública, a una indemnización al contratista, o a la actualización o reajuste de precios.² Por otra parte, de lo expuesto por el citado autor, se desprende que esta teoría de la imprevisión en los contratos administrativos da continuidad y *"toma como punto de partida para su desarrollo la llamada cláusula 'rebus sic stantibus'"* la cual resume el principio de que *"...todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento solo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales"*. Refiere el mismo autor que de este principio los glosadores del derecho romano desprendieron la doctrina según la cual *"se presume que los contratantes solo están dispuestos a mantener y cumplir las obligaciones contraídas mientras no cambien las circunstancias en que contrataron"*; y finalmente agrega que esta teoría de la imprevisión se presenta como una excepción al principio de que los contratos administrativos se realizan a riesgo y ventura del contratista.³

2.5. ELEMENTOS

Refiere Fernández Ruiz que ya desde el siglo XIX José María del Castillo decía que hay dos elementos en todo contrato administrativo: las estipulaciones generales o especiales que ligan recíprocamente a la Administración y el

¹ Ibid. P. 90.

² Ibid. P. 91

³ Ibid. P. 90

contratista, y los principios o doctrinas que rigen la materia y se aplican a todas las obligaciones de la misma naturaleza, según las leyes comunes. Agrega dicho autor, que estos principios generales del derecho declaran el sentido de las cláusulas obscuras o ambiguas, y constituyen el fundamento de la jurisprudencia administrativa en contratos de obras y servicios.¹

Según la doctrina civil, los elementos de existencia del contrato son el consentimiento y objeto posible, y los de validez son la capacidad de las partes y consentimiento expreso sin vicios, licitud del objeto, motivo o fin y forma. En un sentido más preciso los elementos del contrato son los sujetos, manifestación externa de voluntad, objeto y forma; los demás son requisitos o modalidades de los elementos del acto, o de éste en su integridad.² Al respecto resulta insoslayable enunciar aquí lo que Fernández Ruiz nos dice respecto de los elementos y los requisitos del contrato administrativo. Dicho autor establece una diferencia entre requisito y elemento, el primero es *"...toda condición indispensable para la validez del contrato..."* y el segundo es *"... cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales, por ser indispensables para su existencia..."* se les denomina esenciales, así llamadas porque el contrato no puede existir careciendo de ellas; las no esenciales no afectan la existencia del contrato.³

Sobre estas dos figuras, de los elementos y requisitos del contrato administrativo, se puede establecer lo siguiente:

- 1.- Todo contrato administrativo se compone de elementos esenciales sin los que no puede existir, lo que no es obstáculo para que existan otros complementarios.
- 2.- La existencia de los elementos esenciales implica la de los complementarios, que van implícitos en los primeros.

¹ Ibid. P. 70.

² ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p. 626.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 92.

3.- Mientras los elementos son parte integrante del contrato, los requisitos son condiciones indispensables para su validez y eficacia.

4.- De acuerdo a lo anterior, cada elemento del contrato tiene requisitos para su validez y eficacia. Así por ejemplo, mientras el consentimiento debe cumplir los requisitos de manifestación, exteriorización, forma, y no estar viciado por violencia, dolo, error o simulación; los sujetos deben cumplir los requisitos de ejercicio de la función administrativa y de competencia para celebrar los contratos, en cuanto a la Administración Pública, y de capacidad para tal celebración y estar inscrito en los padrones respectivos, en cuanto al particular.

En general los elementos del contrato se dividen en esenciales, naturales y accidentales. Los primeros son indispensables para que exista el contrato, por lo que la voluntad de las partes no puede subsanar su carencia; los segundos son los que ordinariamente figuran en todo contrato o derivan de su naturaleza particular, pero que las partes puede excluir sin afectar la existencia del contrato; y los accidentales son los que *"...no aparecen en el contrato, a menos que las partes convengan incorporarlos"*.¹

En particular, en el contrato administrativo, la doctrina no objeta los elementos esenciales, pero resiste a los naturales y accidentales, rechazando la citada clasificación tripartita, y proponiendo una bipartita:

A) Esenciales.- Son básicos el consentimiento y el objeto, y son presupuestos los sujetos, implícitos en el consentimiento, y la causa, implícita en el objeto. Lo anterior, en razón de que *".. no puede haber consentimiento sin los sujetos que lo otorgan, ni puede existir el objeto sin una causa que lo genere."* Aisladamente también se mencionan como elementos esenciales la forma, competencia, capacidad, finalidad, régimen jurídico especial y licitación.²

B) No esenciales o naturales.- Son el plazo de duración, garantías y sanciones.

¹ *Idem.*

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII*, Porrúa-UNAM, 2002, p. 792.

Veamos en concreto cada uno de los principales elementos del contrato administrativo:

1º .- El consentimiento.- Es el acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular, que genera una situación jurídica individual en torno a un fin común, y según Fernández Ruíz es *"...elemento esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere ... de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia..."*. Para alcanzar su eficacia y validez, continúa diciendo el mismo autor, dicho consentimiento requiere los requisitos de su manifestación o exteriorización a través de la forma escrita, de lo contrario el acuerdo de voluntades en torno al fin y objeto del contrato quedará inédito y será ineficaz.¹ Lo anterior significa que la voluntad del órgano para cumplir una función administrativa, conforme al autor ya citado, *"...representa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada..."* conforme a la ley.² Al respecto hay que precisar que ésta exteriorización expresa del consentimiento es diferente en cada sujeto. Así, mientras el particular lo manifiesta y exterioriza en forma simple y llana, como en derecho privado; el ente público lo manifiesta de forma diferente, ya que su consentimiento va precedido de ciertos requisitos que debe cubrir, legales y formales, como pueden ser la convocatoria y licitación pública, la autorización de la partida correspondiente, la verificación de que el particular se encuentre inscrito en el registro de proveedores.

Por lo anterior, no puede pensarse que el contrato administrativo se base en el silencio del ente público, y mucho menos que su voluntad sea tácita. Vemos pues que la forma no es elemento, sino requisito para satisfacer el consentimiento, la voluntad y la *"implementación del contrato"*.³ Incluso, en algunos casos los

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo: Contratos*. Porrúa. México. 2000. p. 95.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo. Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII*. Porrúa-UNAM, 2002, P. 793.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo: Contratos*. Porrúa. México. 2000. p.p. 96-97.

contratos administrativos son elaborados en formatos establecidos (machotes), impuestos generalmente por la Administración Pública.

Ya vimos que la forma es un primer requisito para la eficacia del consentimiento, el segundo es preservar la voluntad “*contra todo vicio que la deforme*”, tales como la violencia, el dolo, el error o la simulación.¹ El primero de estos vicios, la violencia, puede ser física o moral; el segundo o dolo, identificado con la mala fe, es el artificio o maquinación empleados por uno de los contratantes para engañar al otro, influyendo en su ánimo para conducirlo mediante engaños a la celebración del contrato, o para inducirlo a aceptar condiciones que no admitiría de no mediar el engaño; éste último es lo que en ambos casos invalida el consentimiento.²

En cuanto al error, consiste en un concepto falso, equivocado o deformado de una cosa, al que suele equipararse la ignorancia de hecho o falta de conocimiento. El error se puede presentar en diversas modalidades³ como el *error in negotio*, referido a la causa o naturaleza del contrato (si una parte cree entregar un inmueble en arrendamiento, pero la otra cree recibirlo en comodato; o el *error in re* o *in corpore*, si se refiere a la sustancia, calidad o cantidad de la cosa objeto del contrato; o el *error in persona* atañe al nombre, identidad o cualidad de la persona e invalida el consentimiento tratándose del particular en los contratos *intuitu personae*, como el de obra pública.

Finalmente la simulación es un cuarto vicio de la voluntad que consiste en su declaración irreal, emitida de común acuerdo por las partes, es la apariencia de un contrato inexistente o al menos distinto al celebrado en la realidad. Esa disconformidad entre la intención y la declaración simulada invalida el consentimiento y el contrato mismo, por estar encaminada a aparentar una

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo*. Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII, Porrúa-UNAM, 2002, P.p. 793.-794.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo: Contratos*. Porrúa. México. 2000. p.p. 96.

³ Idem.

situación que no existe y a ocultar lo que en realidad se pretende realizar. Esta simulación es una de las herramientas favoritas de la corrupción.

2°.- Los sujetos.- Dos o mas partes que celebran el contrato: el particular, persona física o moral, y el ente u órgano del poder público que pretende celebrar un contrato en cumplimiento de una función administrativa. Dicho órgano podrá ser administrativo, legislativo, jurisdiccional o constitucional autónomo, pero siempre dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo. El ejercicio de la función administrativa y la competencia citada, no son elementos sino requisitos que debe satisfacer la Administración contratante, el primero implica la finalidad de satisfacer directa e inmediatamente el interés público, pues si no se actúa en ejercicio de dicha función, el contrato será de la Administración Publica pero no administrativo, sino privado; el segundo (la competencia) debe estar autorizado por el orden jurídico vigente. Cuando se trata de órganos centralizados y desconcentrados, quien contrata es, en estricto derecho, la Federación como persona moral, ya que ninguna de las Secretarías y similares poseen personalidad, sino que celebran esos contratos en nombre y por cuenta del Estado (Federación). Cuando se trata de contratos locales o municipales, los correspondientes municipios y entidades federativas sí cuentan con personalidad jurídica propia cada uno de ellos, según establece el Código Civil Federal.¹

Por su parte los particulares también deben tener el requisito de la capacidad para contratar, y en ciertos casos se necesita que estén inscritos con la calidad de proveedores o contratistas del gobierno, con lo cual se pretende establecer la idoneidad técnica, moral, económica y financiera de los aspirantes a contratistas o proveedores, lo que agiliza la licitación y adjudicación; además de que tal inscripción es un testimonio a priori de la idoneidad del aspirante.

3°.- Objeto.- Conforme al artículo 1824 del Código Civil Para el Distrito Federal es directo cuando *"...consiste en la creación o transmisión de derechos y*

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 108-109.

obligaciones...” e indirecto cuando consiste en “...*la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer...*”. Debe ser “...*cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie...*”, pues sin estas características legales el contrato es nulo.¹ A diferencia del privado, en el contrato administrativo la cosa objeto del contrato puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento del Palacio Nacional; sin que ello sea óbice para su celebración.²

4º.- La causa.- Móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para celebrar el contrato, siendo diferente la del ente público a la del particular. Ésta última no tiene mayor relevancia, pues la importancia de la causa del órgano público contratante es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que la causa impulsora de la voluntad o consentimiento como elemento esencial del contrato es la del órgano público, y no la del particular.³ Hay que precisar que cada contratante tiene diversas razones para obligarse: mientras el particular busca obtener un lucro, los entes públicos buscan el interés público o alcanzar sus objetivos estatales.

5º.- Finalidad.- Para Fernández Ruiz es la “...*razón que justifica la emisión del acto...*” por lo que se considera implícita en el objeto.⁴

6º.- Licitación.- Introducida en el contrato administrativo como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos, es una institución típica de garantía e interés público que implica la moralidad y conveniencia administrativas. Consiste en un procedimiento administrativo por el cual se selecciona la mejor oferta en precio y calidad, de un bien o servicio que la Administración Pública requiere. Es sinónimo de subastar, concursar y rematar, y aparece en el original artículo 134 constitucional, el cual usa el término “*subasta*” para la adjudicación de

¹ Ibid. P. 109.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OP. Cit. p.p. 97.

³ Idem.

⁴ Ibid. p.p. 97-98.

los contratos del gobierno, aunque hoy habla de licitación. Implica un concurso que puede ser, conforme a la procedencia de los bienes, nacional o internacional, iniciándose con una convocatoria publicada en el Diario Oficial y en periódicos de mayor circulación, conteniendo el nombre del convocante, descripción de los bienes objeto del concurso, lugar a donde deben acudir los interesados para obtener las bases del concurso, sitio y fecha en que se celebrará la apertura de ofertas. Dichas bases deben contener la información específica de los bienes y del concurso, los aspectos económicos, los requisitos de los participantes y criterios para la adjudicación del contrato. Legalmente se establecen situaciones y circunstancias en que la licitación no se realizará, destacando entre ellas las siguientes: cuando el monto es ínfimo, si el objeto del contrato son bienes perecederos, si sólo puede contratarse con persona determinada, por ser proveedor único, si se contrata con grupos urbanos, campesinos y rurales marginados, y finalmente en situaciones extraordinarias o imprevistas.¹

Fernández Ruiz dice que por no ser parte integrante del contrato, la licitación no es elemento sino requisito procedimental exigible en muchos contratos administrativos, pues el mismo artículo 134 constitucional prevé prescindir de ella si no asegura las mejores condiciones para el Estado, y deja a la ley secundaria las bases, procedimientos y requisitos que sí aseguren tales condiciones. Por tanto, concluye dicho autor, que la licitación es un requisito previo a la celebración del contrato, *"...que se satisface mediante un procedimiento administrativo específico..."* para seleccionar al contratista.² De lo anterior se desprende que en los contratos donde es exigible la licitación, estos derivan de ella, por lo que no deberán celebrarse si no quedó satisfecho tal requisito, pero satisfecho éste en una etapa preliminar a la celebración del contrato, el procedimiento de licitación queda concluido y no forma parte del contrato que, por cierto, pudiera no llegar a celebrarse. Podemos concluir entonces que licitación y

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 110.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OP. Cit. p. 99.

contrato son dos actos jurídicos independientes, aún cuando interrelacionados, por ser ocasionalmente la primera, requisito del segundo.

7º.-Otros requisitos adicionales no exigibles en todos los contratos administrativos, son la existencia de partida presupuestal que soporte la erogación que implica el pago de las obligaciones a cargo del ente público contratante, el pliego de condiciones, el plazo de ejecución o entrega, las garantías que debe otorgar el contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, y las acciones para el caso de incumplimiento.

2.6. CLASES

La clasificación del contrato administrativo, basada en la doctrina civilista, nos permite un conocimiento más minucioso o preciso al determinar diferencias y semejanzas mediante la unión, la distinción y la fusión para después dividir el todo en unidades o partes. Dicha clasificación se contempla en algunas leyes administrativas, como la anterior Ley de Adquisiciones y Obra Pública, que implícitamente determina al menos cuatro tipos de contratos principales: sinalagmáticos, onerosos, conmutativos y formales.¹ Estos y otros se encuentran ubicados en las siguientes clasificaciones del contrato en general.²

1ª.- Por el número de partes que asumen obligaciones o resultan obligadas:

A.- Unilaterales.- Según el artículo 1835 del Código Civil para el Distrito Federal, es cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Es decir que aunque cada una de las partes que concurren a la formación del contrato emita su respectiva declaración de voluntad, las obligaciones generadas son sólo para una de ellas, la cual queda en posición exclusiva de deudor.

B.- Bilaterales o sinalagmáticos.- Si ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, por cuya razón los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de

¹ Ibid. P. 107.

² Ibid P.p 44-52

deudores y acreedores entre sí, por haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros. El vocablo sinalagmático proviene del griego *synallagma*, que quiere decir comercio, cambio, reciprocidad, y el cual se forma del verbo *synallato*, compuesto de *syn*, que significa con o juntamente, y *allati*, traducible como yo cambio; de lo que se concluye que éste término significa intercambiar conjuntamente en el comercio. El contrato será sinalagmático o bilateral de acuerdo con el artículo 1836 del ordenamiento ya citado, cuando las partes se obliguen recíprocamente. Una subespecie de estos contratos son aquellos en que las obligaciones revisadas del contrato recaen sobre una de las partes, pero que en el momento de su liquidación pueden imponer obligaciones a cargo de la otra (depósito o comodato...).

2º.- Por las prestaciones pactadas:

A.- Gratuitos.- También llamados lucrativos por beneficencia, son aquellos en que una de las partes procede con una intención de liberalidad, con el propósito de otorgar a la otra un provecho o beneficio sin equivalente contraprestación alguna (donación).

B.- Onerosos.- Si ambas partes se proponen obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente (compraventa). No deben confundirse con los sinalagmáticos ya que éstos ponen el acento en las obligaciones recíprocas y los onerosos en los provechos, ventajas o gravámenes equivalentes, aún cuando sea frecuente que la bilateralidad del contrato vaya aparejada a su onerosidad. Por la certeza de sus prestaciones o por el riesgo que generan, los contratos onerosos pueden ser:

a.- Conmutativos.- Si las prestaciones que se deban la partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pérdidas que les cause dicho contrato.

b.- Aleatorios.- Si la prestación debida depende de un acontecimiento incierto, que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

3º.- Por su naturaleza independiente o relacionada con otro contrato:

A.- *Preparatorios.*-Si su objeto consiste en crear una situación jurídica determinada para poder estar en condiciones de celebrar otro u otros contratos posteriores, con base en los primeros.

B.- *Principales.*- Los que existen por si solos, por cuya razón se les conoce también como contratos independientes, aunque cumplen por si mismos un propósito contractual propio y específico; sin que su validez y existencia dependa de otro contrato.

C.-*Accesorios.*- Los que dependen jurídica y lógicamente de otro, por lo que es dable decir que existen como consecuencia o en relación de otro contrato.

4º.- Por el tiempo en que se realizan las prestaciones, atendiendo al momento y a la duración de su ejecución:

A.- *De ejecución diferida.*- Las obligaciones habrán de cumplirse en una sola exhibición en episodio posterior a la celebración.

B.- *De ejecución instantánea.*- Si su efecto se produce en un solo acto, aún cuando éste no se efectúe en el momento de su celebración, es decir que su ejecución se produce en un tiempo único, aunque sea a plazo.

C.- *De tracto sucesivo o eficacia duradera.*- Si, a diferencia de los que se agotan en un solo momento o episodio, su eficacia perdura esparcida en un lapso de tiempo mas o menos amplio. Pueden ser *de ejecución continua* si ella se da en un lapso de tiempo corrido (arrendamiento, comodato o suministro de energía eléctrica), de *ejecución periódica*, si ésta se efectúa en momentos separados entre sí por intervalos iguales (suscripciones a periódicos); y de *ejecución escalonada*, si ésta se da también en momentos separados entre sí pero por intervalos desiguales (compraventa con entrega de mercaderías por lotes en fechas diferentes.)

D.- *De ejecución inmediata.*- Si su consumación la llevan a cabo ambas partes en el momento mismo de su celebración (compraventa por maquinas automáticas).

5º.- Por su perfeccionamiento o en atención al momento, al procedimiento, modo, manera o forma de perfeccionarse o concluirse:

A.- Consensuales.- Su perfeccionamiento se logra por el sólo consentimiento de las partes, por no requerir que este se manifieste en cierta forma o por determinado medio. Conviene tener presente que el consentimiento es indispensable en todo contrato, pero sólo en el consensual es suficiente para su perfeccionamiento (compraventa de bien mueble), pues no se le exige forma o procedimiento sino sólo el simple acuerdo sobre la cosa y el precio.

B.- Reales.- A diferencia de los consensuales, para su perfeccionamiento si requieren de un principio de ejecución como es la entrega o tradición de la cosa, generalmente a la contraparte o a un tercero, como la prenda que debe ser entregada al acreedor.

C.- Formales.- Si su validez queda supeditada a la ley, a la observancia de una forma determinada (que el consentimiento se manifieste por escrito, por ejemplo). Treviño García, citado por Fernández Ruiz, dice que en principio, se considera que el contrato siempre es consensual, y sólo cuando la ley imponga determinada formalidad debe cumplirse con ella. ¹

D.- Solemnes.- Si su existencia misma queda supeditada a cumplir cierta forma o solemnidad.

6º.- Por su previsión o regulación legal, o según estén o no sujetos a normas jurídicas específicas:

A.- Nominados o típicos.- Son los que tienen un nombre, los mas frecuentes, y tienen regulación especial en la ley, con una disciplina concreta y detallada. Para algunos autores pueden ser solamente nominados, si tienen un nombre independientemente de que tengan o no disciplina legal.

B.- Innominados o atípicos.- Los que no estén sujetos a una disciplina legislativa especial, aún cuando tengan una denominación, es decir, aquellos que carecen de regulación legal o específica en el ordenamiento jurídico; o los fundados en una

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. OP. Cit. p.p. 48.

realidad social que se anticipa a la legal. Conforme al artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, los contratos que no estén especialmente reglamentados se rigen por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo omisos, por las disposiciones del contrato con el que tengan mas analogía de los sí reglamentados en tal ordenamiento. Entonces este contrato, al no tener una disciplina legal concreta comienza por las estipulaciones de los contratantes y termina en el esquema genérico del contrato.

Por su parte Fernández Ruiz dice que nuestra legislación federal nombra y regula 3 tipos de contratos administrativos (adquisición, arrendamiento y servicios), y por ello son nominados, pero también sinalagmáticos por generar obligaciones recíprocas para la Administración y contratista; onerosos por obtener cada una de las partes sendas prestaciones a cambio de otras que han de realizar, consideradas como equivalentes; conmutativos por ser ciertas, desde su celebración, las prestaciones a cargo de las partes; y formales porque deben constar por escrito, y para suscribirlos la Administración debe cubrir varias formalidades. En todos ellos la Administración Pública es parte, y están regulados por un régimen jurídico de derecho público inserto en el artículo 134 constitucional y leyes respectivas.

7ª.- En atención a la formación del consentimiento:

A.-Negociados.- Son los tradicionales, donde los contratantes se ubican en un mismo plano, coparticipando en la determinación y redacción de las cláusulas y condiciones contractuales.

B.- De adhesión.- Si una de las partes ofrece e impone sus condiciones a la otra, a quien sólo queda la opción de aceptarlas o rechazarlas íntegramente, pues su contenido ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes al que se le deberá adherir el cocontratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria. Se caracteriza por ser derivado de una oferta o policitud (promesa) a un universo de personas, formulada de manera mas o menos permanente por quien generalmente disfruta de un monopolio o participa en un

oligopolio de hecho o de derecho, o esta investido de una poderosa fuerza económica. Tal oferente redacta el contrato respectivo sin intervención alguna del contratista para la adhesión de éste, quien carece de oportunidad de discutir sus cláusulas o condiciones, pese a que éstas tienen un carácter frecuentemente leonino, es decir que son ventajosas para una sola de las partes, sin que la otra pueda intervenir y su única opción es aceptar o rechazar en bloque el contrato.

8°.- Según la causa y origen de las atribuciones pactadas:

A.- *Contrato Base*.- Si alguna de las partes adquiere derechos y asume obligaciones que eventualmente la pondrán en condiciones de subcontratar (arrendamiento, mandato u obra pública...)

B.- *Subcontratos o derivados*.- Cuando una de las partes de un contrato base, puede contratar a su vez con un tercero gracias a sus derechos adquiridos en dicho contrato (subarriendo, submandato, o subcontrato de obra pública).

9°.- Forzosos o Impuestos.- Los que limitan la libertad contractual, pues una de las partes se ve obligada a celebrarlos, y pueden ser:

A.- *Ortodoxos*.- Si la parte obligada puede seleccionar a su contratante (seguro de pasajero de transporte donde el prestador del servicio puede seleccionar a la compañía aseguradora).

B.- *Heterodoxos*.- Si la parte obligada no puede seleccionar a su contratante (servicio público en general, donde el prestador está obligado a contratar la prestación con cualquiera que lo solicite).

Con respecto a los contratos administrativos existentes en nuestra legislación y doctrina, Martínez Morales dice¹ que tradicionalmente se han considerado sólo los de obra pública y suministro. Los primeros los estudiaremos en capítulo aparte, y los segundos, según el citado autor, son aquellos mediante los cuales la Administración obtiene de un particular, de manera continua, ciertos

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 110-116.

bienes o servicios que el ente administrativo requiere para sus tareas, bienes de uso corriente como papelería, mobiliario, productos de limpieza etc... Pero a estos dos contratos típicamente administrativos se han agregado otros como el de empréstito público, mediante el cual la Administración recurre al financiamiento del gasto público por parte de los particulares, gobiernos y organismos; el de consultoría, identificado con el de prestación de servicios profesionales civil; el de riesgo, ligado íntimamente al petróleo y la economía de los productores o compradores de este recurso natural, y mediante el cual se contratan servicios de investigación, explotación y desarrollo de su producción, con el fin de proteger dicho recurso y asegurar la soberanía nacional; el de subsidio o subvención, por el cual la Administración interviene para ayudar a una persona pública o privada en actividades colectivas o de interés público, incluyendo tal ayuda en el presupuesto a favor de un órgano administrativo descentralizado, por parte de uno centralizado; el de juego regido por leyes especiales y reglamentos de policía; el de concesión, como la de minas, aguas o servicios públicos...etc

2.7. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La incorporación definitiva del contrato administrativo al Derecho Positivo Mexicano, la viene a dar el artículo 134 constitucional, cuyas disposiciones carecen de antecedentes en nuestra historia constitucional, pero el constituyente del 17 lo incluyó para asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, y obtener para el servicio de la Nación las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos que ya existían durante el Porfiriato.

El texto original de éste artículo era el siguiente: *“Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.”* El 28 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la única reforma de éste artículo, para quedar con su texto actualmente en vigor que en su parte conducente, a la letra dice:

"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."

Por su parte el artículo 5º constitucional en sus párrafos quinto y sexto, señala algunas limitaciones a todo contrato, al establecer respectivamente que *"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"*; y que *"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 artículo 73 constitucional en su fracción VIII establece que los empréstitos que el Ejecutivo Federal celebre sobre el crédito de la Nación serán *"...para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29."*

El artículo 28 en su quinto párrafo establece que *“El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.”* En el antepenúltimo párrafo agrega que *“El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.”*

Finalmente el artículo 126 señala la necesidad de que el gasto de la actividad contractual de la Administración Pública previamente se contemple presupuestal o legalmente, al establecer que *“No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior.”*

CAPÍTULO 3 CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

En general, el concepto de obra abarca todo objeto producido o transformado por algún agente, cualquier edificio en construcción, toda producción de entendimiento en filosofía, ciencias, letras o artes; introspectivamente es un medio, virtud o poder; es la acción moral, labor desarrollada por algún sujeto, trabajo requerido para la ejecución de una cosa, etc... Es obra pública o particular toda construcción, instalación, reparación, reconstrucción, mantenimiento, conservación, modificación y demolición de inmuebles, pero la pública es de uso y aprovechamiento general, como caminos, puentes, presas, puertos, canales, pozos, edificios públicos...etc... Serra Rojas la define como la 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 a cualquier fin de beneficio general.¹ En sentido amplio obra pública es toda construcción integral o reparación, realizada por contratistas o directamente por la Administración Pública, sobre cosas inmuebles o muebles directamente afectadas al dominio público. Según la doctrina francesa, obra pública es el trabajo realizado sobre bienes inmuebles con fines de interés público y con cargo a un ente público; según Martínez Morales, es la construcción o mejora de un mueble o inmueble realizada para comodidad o servicio de la sociedad, y que pertenece a un ente público. Pero como la ley sólo regula la obra pública sobre inmuebles, tal autor concluye que *es toda construcción, ampliación, conservación o mejora que realiza un particular contratista, en bienes inmuebles del Estado.*² De lo anterior también se desprende que obra pública no es solo la que se construye por primera vez, sino también las modificaciones materiales a las obras existentes, como correcciones o ampliaciones.

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa. México. 2000. p. 218.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos, Harla, 3ª ed. México, 2001. p. 114

La Ley de Obra Pública del Distrito Federal define ampliamente a la obra pública como aquella que contiene la construcción, conservación, reparación y demolición de inmuebles; exploración del subsuelo; despalme, desmonte y mejoramiento de suelos; preservación, mantenimiento y restauración del medio ambiente...etc. Además incluye dentro de la obra pública a los servicios relacionados, tales como estudios, proyectos, supervisión de obras, gerencia y administración de obra, consultorías y el llamado proyecto integral. Ahora bien, la obra pública se puede gestionar mediante administración directa o contrato de obra. La primera se utiliza si la obra es de escasa cuantía y no requiere equipo sofisticado, ni personal especializado, sin perjuicio de alquilar equipo, servicio y maquinarias necesarios, que no pueda realizar la dependencia administrativa. El contrato se aplica principalmente en grandes obras que demandan tecnología y maquinaria sofisticada, así como personal especializado. Doctrinalmente abundan las definiciones del contrato de obra pública, pero destacan las siguientes:¹

1.- La ley española lo define como el celebrado entre la Administración y un empresario, para construir bienes inmuebles, modificar, reformar, reparar, conservar o demoler un terreno o el subsuelo.

2.- Para Nava Negrete es el celebrado por el Estado para realizar obra pública o material, a través de procedimientos públicos, a fin de satisfacer intereses colectivos.

3.- Jorge Escola lo define como el que celebra la Administración Pública para realizar una obra pública, mediante el pago de un precio al contratista particular.

4.- Para Fernández Ruiz es un 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 momento de celebrar dicho negocio contractual. Precisa éste autor que el contratista se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener o demoler un bien inmueble mediante el pago de un

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p.p. 237-238.

precio que se obliga a pagarle el otro sujeto, que siempre será un órgano de la Administración Pública.

5.-Para Acosta Romero es un acuerdo de voluntades que deberá constar por escrito, por medio del cual la Administración Pública Federal, Local o Municipal, por conducto de sus dependencias, ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública.¹

6.-Diep Diep lo define como aquel en donde *"...una de las partes llamada empresario, a cambio de una remuneración que la contratante se obliga a cubrirle, se compromete a realizar una obra en un bien inmueble o mueble, proporcionando los materiales necesarios y tomando a su cargo el riesgo de su ejecución."*²

En cuanto a su naturaleza el contrato de obra pública está ligado con los de servicio y dominio público, se ubica en los cimientos del derecho administrativo, y figura entre los testimonios mas antiguos de la actividad administrativa estatal; su existencia supone una autoridad administrativa ejerciendo las funciones de planear, ordenar, dirigir, administrar o contratar su construcción. Las siete maravillas del mundo dan fe de que los antecedentes históricos de la obra pública y la actividad administrativa que ella implica, datan de al menos hace cinco milenios.³ El contrato de obra pública se lleva a cavo mediante la libre concurrencia de voluntades de la Administración Pública y de su cocontratante, cada una orientada por sus propios fines: la primera se guía por el beneficio general y el interés público, mismo que anima el propósito intrínseco de tal obra, y que es el de satisfacer una necesidad pública o una necesidad de carácter general; en tanto que la voluntad del contratista o empresario está motivada por su interés privado de obtener un lucro, por ello, en la confrontación de intereses habrá de prevalecer el interés público de la Administración.

¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Administrativo Especial*, Tomo I, Porrúa, México, 1998. p. 638.

² DIEP DIEP, Daniel. *Fiscalística*, Pac, México, 2002. p. 353.

³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p.p. 218.

3.2. UBICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL

Conforme al espíritu del artículo 134 constitucional el contrato de obra pública se ubica como un instrumento del Estado para la administración eficiente, eficaz y honrada de los recursos económicos de que disponga, a fin de satisfacer sus objetivos para los que estén destinados; pues dicho precepto constitucional establece que tal contrato se adjudicará mediante una licitación pública que asegure al Estado las mejores condiciones en precio, calidad, financiamiento y oportunidad. Por su parte las leyes secundarias derivadas de éste precepto constitucional ubican al contrato de obra pública como un instrumento de la regulación, programación, presupuestación, ejecución y conservación de la obra pública, a fin de satisfacer las necesidades públicas del Estado-Federación, entidades o municipios, o de las personas jurídicas de derecho público por él creadas: órganos constitucionales autónomos y organismos descentralizados. Lo anterior constituye una necesidad general, compuesta por la suma de las necesidades individuales o similares, en la que muchos de nosotros podemos identificar nuestra propia necesidad.

3.3. ELEMENTOS Y REQUISITOS

A lo señalado en el apartado de los elementos del contrato administrativo del capítulo 2 de éste estudio, agregaremos aquí lo siguiente:¹ En cuanto a los dos elementos esenciales de todo contrato, en el de obra pública, los sujetos son la entidad o dependencia de la Administración que construye u ordena la construcción de la obra, y el particular o contratista que la realizará; y el consentimiento se otorga por decisión del funcionario facultado legalmente y por el particular contratista o su representante. Un tercer elemento de este contrato es precisamente la obra pública, que viene a ser su objeto y que generalmente consiste en la construcción o mejora de algún inmueble propiedad del Estado. El cuarto elemento es la forma escrita, previa licitación como un requisito precontractual, y la cual consiste en un procedimiento legal de concurso.

¹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Op. Cit. p. 114-115.

Finalmente la causa, como ya se vio en el contrato administrativo, es diferente para cada uno de los sujetos, pues mientras para la Administración es la necesidad pública que debe ser satisfecha, para el particular es la obtención de un lucro razonable. Otros elementos básicos de éste contrato son la capacidad, el motivo y fin lícitos, así como las formalidades generales.¹ Conforme a lo anterior y siguiendo lo dicho respecto del contrato administrativo, el de obra pública tiene como elementos esenciales el consentimiento, en el cual están implícitos los sujetos; y el objeto, que lleva implícitos la causa y la finalidad.

Entre los requisitos indispensables para la validez de los elementos en el contrato de obra pública, destacan la manifestación o exteriorización del consentimiento, el ejercicio de la función administrativa por el ente público contratante, su competencia, la solvencia del contratista, la existencia de partida presupuestal que soporte la erogación que implica el pago de las obligaciones a cargo del ente público contratante, el plazo de ejecución o entrega; y en ciertos casos la licitación, el pliego de condiciones y las garantías que debe otorgar el contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.²

3.4. CARACTERÍSTICAS Y MARCO LEGAL

Las principales características del contrato de obra pública, conforme a la ley y a la doctrina, son las siguientes:

1ª.- Podrán ser modificados cuando no se impliquen alteraciones sustanciales en el plazo, monto o proyecto.

2ª.- Podrán ser revisados si durante la ejecución de los trabajos concurren circunstancias de orden económico no previstas.

3ª.- Por causa justificada pueden ser suspendidos total o parcialmente y rescindidos administrativamente.

¹ DIEP DIEP, Daniel. Op. Cit., p. 353.

² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 294.

4ª.- Siempre es la Administración Pública una de sus partes, su fin es el interés público, contiene cláusulas inadmisibles en el derecho privado, y está regulado en buena medida por un régimen jurídico de derecho público, con aplicación supletoria de la legislación civil, procesal civil y de procedimiento administrativo.

5ª.- Es bilateral o sinalagmático porque ambas partes asumen obligaciones mutuas y recíprocas, que derivan todas del contrato mismo, por lo que los contratantes son mutuos y recíprocos deudores y acreedores entre sí, al obligarse el uno recíprocamente respecto del otro.

6ª.-Es oneroso porque ambos contratantes pretenden obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente.

7ª.-Es conmutativo porque desde su celebración las prestaciones a que se obligan los contratantes son ciertas, lo que les permite apreciar desde el principio el beneficio o pérdida. Es decir que pueden darse cuenta del beneficio que les habrá de generar, sin que tal utilidad o quebranto se supedita a un acontecimiento incierto, como en el oneroso de renta vitalicia, o en el de seguro; lo que no impide que como en todo contrato exista un alea (azar, riesgo o contingencia) implícitamente aceptada por los contratantes, que determinará en la práctica que las partes obtengan beneficios o menoscabo, pero dicha alea no está pactada en el contrato pues es extracontractual, al ser producto de la circunstancia por cuya razón no convierte al contrato en aleatorio.

8ª.- Es principal o independiente, pues existe por sí solo y tiene un propósito contractual propio y específico, sin supeditar a otro contrato su validez y existencia.

9ª.- De ejecución diferida, de tracto sucesivo y de eficacia duradera, porque a diferencia de los que se agotan en un solo momento o episodio, su eficacia perdura en un lapso de tiempo mas o menos amplio.

10ª.-De ejecución escalonada porque ésta se lleva a cabo en momentos separados entre sí por intervalos desiguales.

11ª.- Formal porque debe constar por escrito de conformidad con lo dispuesto en la ley, aunque algunos lo consideran solemne cuando es licitado, porque el procedimiento de licitación tiene características especiales de solemnidad; pero otros consideran inadmisibles esta solemnidad porque la licitación no es parte del contrato sino un procedimiento distinto. Por su parte Canals, citado por Fernández Ruiz, dice que es solemne y que sus requisitos de existencia son los que señala el artículo 1794 del Código Civil: consentimiento y objeto,¹ y el cumplimiento de la forma, en los celebrados por el procedimiento normal de la licitación pública, que reúne características especiales de solemnidad.²

12ª.-Típico porque además de estar expresamente denominado en la ley, tiene una normativa jurídica particular para todos los de su especie.

13ª.-De adhesión porque su contenido contractual es predeterminado casi exclusivamente por uno solo de los contratantes, pero con apego a lo dispuesto en la ley. La otra parte sólo debe adherirse al contenido citado si desea celebrar el contrato.

14ª.-*Intuitu personae* porque la dependencia o entidad contratante lo puede celebrar en razón de su competencia, y el contratista resulta serlo por sus cualidades específicas de carácter legal, técnico, financiero, económico y moral. Lo anterior significa que el contratista adquiere este carácter en virtud de sus cualidades personales, y por ello no lo puede transferir, ceder o subcontratar, lo cual además evita la especulación y el intermediarismo en perjuicio del erario y del interés público. Sin embargo en nuestro régimen legal la Administración sí puede autorizar la subcontratación conforme a la ley.³

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. p. 48.

² Ibid. P.p. 48- 49.

³ Ibid. P. 244.

La modificación de éste contrato en la Ley de Obra Pública del Distrito Federal se rige por las siguientes reglas, establecidas en su artículo 56:

1ª.- Con base en convenios que no rebasen 25 % del monto o plazo pactados, que no varíen substancialmente el proyecto original, y no afecten naturaleza y carácter de la obra, ni eludan la ley.

2ª.- Si lo anterior no se cumple, se celebra una sola vez convenio adicional sobre las nuevas condiciones, autorizado por el titular, oficial mayor o equivalente de la convocante. La ley local vigente precisa que tal convenio especial es firmado bajo responsabilidad del titular de la unidad administrativa, o equivalente con facultad para ello.

3ª.- Los límites anteriores no se aplican a contratos de conservación, mantenimiento o restauración de inmuebles sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos, o en obras de mantenimiento correctivo según la ley local, en lo que no sea posible determinar catálogo de conceptos, especificaciones o programa.

El marco legal del contrato de obra pública constitucionalmente está delineado por los artículos 134 y 126 de nuestra Carta Magna, cuyos textos originales fueron los siguientes respectivamente: "*Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública*" y "*No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior*". El primer precepto es una disposición muy concreta sobre el contrato de obra pública del gobierno, pues solamente trata de la forma de su adjudicación, y ésta es sólo uno de tantos aspectos de dicho contrato. El segundo precepto también es una disposición muy concreta, pero en este caso sobre el gasto público, estableciendo que éste, indispensablemente debe estar comprendido en el presupuesto o determinado en la ley. Obviamente el contrato de obra pública está inmerso en el gasto público de la Administración; y por ello lo

alcanza también este segundo precepto constitucional. Pero estas breves y escuetas disposiciones fueron incapaces de corregir la corrupta y nefasta cultura del contratismo y del soborno.

La ley secundaria por su parte, para combatir tales males y regular el contrato administrativo en general y el de obra pública en particular, tuvo un desarrollo raquítico y lento, pues por décadas se abstuvo de dictar normas para subastar los contratos de obra pública, y se limitó a establecer la competencia para la construcción de obra pública y autorizar los contratos respectivos. Así por ejemplo en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, anterior a las vigentes en el ámbito federal y local, aunque contempló aspectos avanzados, se cometieron en ella los siguientes errores:

1º.-Eliminó el padrón de contratistas de obras públicas sin emitir justificación alguna, y ésta medida lejos de simplificar el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato de obra pública, lo complica, pues en cada caso, quien pretendía participar en una licitación tiene que acreditar su solvencia financiera, económica y moral, y su experiencia y capacidad técnica. En los casos de adjudicación directa y de invitación a cuando menos tres proveedores, se pierde toda oportunidad de asegurar que el contratista tenga las mínimas cualidades morales y financieras. Lo que abre un espacio enorme para la corrupción.

2º.-Estableció en su artículo 15 la posibilidad de pactar cláusula arbitral en los contratos celebrados, lo que implicó someter eventualmente la autoridad del Estado a la potestad de particulares, contrariando lo dispuesto en la fracción III del artículo 104 constitucional, que atribuye a los Tribunales Federales la competencia para conocer las controversias en que la Federación sea parte.

3º - No incluyó en sus transitorios un plazo determinado para la expedición de sus disposiciones reglamentarias, y por ello nunca se expidieron. Por lo que durante su vigencia continuó en vigor el reglamento de la ley anterior (LOP), causando gran confusión.

La vigente Ley (Federal) de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas se publicó en el Diario Oficial el 4 de enero del 2000, y conforme a su artículo 13 le son de aplicación supletoria el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles. El artículo 32 inciso d del Código Fiscal de la Federación adicionado en 1998 inhabilita como posibles cocontratantes de la Administración Pública Federal, en ciertos contratos administrativos, a quienes no se encuentren al corriente en sus obligaciones fiscales. Pero es muy difícil que la Administración contratante tenga certeza de que el contratista no está al corriente en sus obligaciones fiscales, y por ello para no incurrir en responsabilidad, habrán de exigir en el capítulo de declaraciones del contrato, una manifestación del contratista, bajo protesta de decir verdad, en el sentido de que se encuentra al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones fiscales. Dice Fernández Ruiz que un impedimento de tal naturaleza debiera afectar no solo al contratista, sino también al oferente de toda licitación relativa a los mencionados contratos, porque en sus actuales términos puede ser que quien gane en una licitación no pueda convertirse en contratista por no estar al corriente en sus obligaciones fiscales, con la consiguiente pérdida de tiempo, y otros trastornos para la dependencia o entidad convocante.¹ El artículo 46 de la Ley del Banco de México, faculta a su junta de gobierno para expedir, conforme al 134 constitucional, normas para contratar adquisiciones y enajenar muebles, arrendar y realizar obra inmobiliaria y servicio de cualquier naturaleza. Hay otros ordenamientos que en muchos aspectos regulan el contrato de obra pública, tales como las leyes para el control de organismos descentralizados y empresas de participación estatal, la Ley General de Deuda Pública, Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público...etc.

Respecto a la vigente Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, hay que destacar que ésta fue resultado de la reforma al artículo 122 constitucional del 22

¹ Ibid. P.p. 244.

de agosto de 1996, que facultó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia de adquisiciones y obras públicas. Fue aprobada por el pleno de dicha asamblea el 20 de octubre de 1998 y promulgada por el Jefe de Gobierno el 18 de noviembre de ese año; publicada en la Gaceta Oficial el 29 de diciembre siguiente. Está inspirada en la anterior Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, a la que sustituyó en el ámbito territorial del Distrito Federal, junto con la Ley de Adquisiciones del Distrito Federal, por lo que su estructura es muy semejante. Retoma muchas de las disposiciones de su antecesora, la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, lo que no es óbice para introducir diversas innovaciones entre las que destaca la creación del Comité Central de Obras del Distrito Federal, al que le confiere importante facultad resolutoria. Otra de sus innovaciones es la de celebrar contratos por administración, que no es bien vista en la doctrina y que no se contempla en lo federal. Tiene muchas disposiciones acertadas entre las que destacan las cinco garantías que prevé: de seriedad en la propuesta durante la licitación; de anticipos, de cumplimiento de contrato, por vicios ocultos y por daños a terceros.

3.5. CONTENIDO.

Conforme a la Ley de Obra Pública del Distrito Federal en su artículo 46 el contenido mínimo del contrato de obra pública es el siguiente:

- A.- Autorización de inversión para cumplir contrato.
- B.- Precio de trabajos objeto del contrato.
- C.- Fecha de inicio y término de trabajos, pero la ley local precisa la de pruebas de equipo e instalaciones para el caso de proyecto integral, así como la fecha de inicio de operaciones y entrega.
- D.- Porcentaje, número y fechas de exhibiciones de los anticipos para inicio de trabajos y compra o producción de materiales.
- E.- Forma y términos de garantía de inversión de anticipos y cumplimiento de contrato.
- F.- Plazo, forma y lugar de pago de estimaciones de trabajos ejecutados y ajuste de costos.

G.-Penas convencionales y procedimiento para reintegrar pagos en exceso, cuya aplicación obligatoria se desprende de la naturaleza de los artículos 46 fracción VII y 55 de la ley local, y que conforme al segundo precepto, tal procedimiento consiste en:

a.- Agregar intereses a una tasa igual a la de la Ley de Ingresos en prorroga para pago de créditos fiscales.

b.- Los cargos se calcularán sobre cantidades pagadas en exceso en cada caso y se computan por días calendario, desde el pago hasta la disposición efectiva a favor de la contratante.

H.- Descripción de trabajos con proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos, leyes, normas técnicas y reglamentos aplicables, estudios, actividades; y supervisión del contratista en ejecución y en proyecto integral.

I.- Procedimientos para resolver controversias técnico-administrativas.

J.-Que el contrato, sus anexos y la bitácora de trabajos, son instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones.

K.- Plazos para verificar terminación y recepción de obra.

L- Ajuste de costos vigente durante el contrato y determinado en las bases. En la Ley de Obra Pública local en su artículo 53, este ajuste de costos se establece como una revisión, aplicada conforme al contrato, si en la ejecución de trabajos concurren circunstancias económicas no previstas, que determinen su aumento o reducción, lo cual debe constar por escrito. Según el mismo precepto, dicha revisión no se aplica por cuotas compensatorias a que legalmente esté sujeta la importación de bienes contemplados en la obra.

Por su parte el artículo 54 del mismo ordenamiento establece las siguientes reglas del ajuste de costos:

1ª.- En obra faltante de ejecutar, a partir de la apertura de propuesta técnica, se calculan para su incremento o decremento; son calculados según variaciones en índices de Contraloría, o con bases del Banco de México.

2ª.- Si tales índices no se encuentran en los publicados, la contratante los calcula con base en precios que investigue mediante lineamientos y método de la Secretaría.

3ª.- En atraso imputable al contratista se aplica en obra que debiera estar pendiente conforme el programa original.

4ª.- El costo por financiamiento estará sujeto a variaciones de la tasa de interés propuesta; y los precios de conceptos permanecen fijos.

5ª.- Se aplica a los directos, conservando porcentajes de indirectos y utilidad originales.

6ª.- El de trabajos ejecutados conforme a estimaciones, a solicitud del contratista, la contratante debe cubrirlo en 30 días hábiles a su resolución de aumento o reducción respectivo .

7ª.- En ajuste por decremento, el descuento se hará directamente en la estimación inmediata.

Conforme a la doctrina el contenido mínimo del contrato de obra pública es el siguiente:

A.- Cláusulas exorbitantes.- En el contrato de obra, son por ejemplo las de especificaciones y planos que se imponen al contratista, la de suspensión de obras y modificación de las mismas sin indemnización, la cláusula de rescisión, así como las que establecen la intervención de otros órganos de la Administración Pública.

B.-Etapas.- "...una etapa preliminar que comprende su planeación, programación y presupuestación; una etapa ejecutiva, que inicia con la autorización de la obra e incluye ...la selección del contratista (o licitación respectiva), adjudicación del contrato, su celebración y firma, la ejecución de la obra, su control, vigilancia y recepción. Por último una etapa final que atañe a la extinción del contrato y

devolución de garantías, o en su caso, a hacerlas efectivas; a la evicción y saneamiento y a la aplicación de sanciones.”¹

C.- Ejecución.- El contratista es su único responsable, dado el carácter *intuitu personae* del contrato, y por ello debe respetar las disposiciones contenidas en reglamentos y ordenamientos de autoridades competentes en materia de construcción, seguridad y uso de la vía pública. Las responsabilidades así como los daños y perjuicios que deriven de su inobservancia, serán a cargo del contratista. Esta ejecución abarca los siguientes aspectos:

1º.- Supervisión de los trabajos y autorización de estimaciones.- Para la etapa de ejecución la Administración contratante deberá establecer la Residencia de Supervisión, quien tendrá bajo su responsabilidad directa la vigilancia, control y revisión de los trabajos, así como la aprobación de las estimaciones presentadas por el contratista.

2º.-Iniciación de trabajos.- La contratante debe poner a disposición del contratista el inmueble, de lo contrario se proroga el plazo de inicio.

3º.-Presentación de estimaciones.- Serán presentadas mensualmente por el contratista a la contratante las estimaciones de trabajos ejecutados, anexando la documentación que justifique su pago, y la contratante deberá liquidarlas dentro de un plazo máximo de 30 días naturales contados a partir de la fecha en que las reciba el residente de supervisión; si hubiera diferencias técnicas o numéricas, que quedaran pendientes deberán resolverse y en su caso incorporarse a la siguiente estimación.

4º.- Ajuste de costos.- Se aplica para asimilar su posible aumento o reducción en trabajos aún no realizados, derivado de circunstancias de orden económico no previstas en el contrato. Dicho ajuste deberá ser resultado de la revisión de los costos, atendiendo al procedimiento mínimo legal y al pactado por las partes en el contrato respectivo.

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo. Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII*. Porrúa-UNAM, 2002, P. p. 799-800.

5º.- *Pago de intereses.*- La falta de cumplimiento oportuno en el ajuste de costos y en el pago de estimaciones obligará a la dependencia o entidad contratante, a solicitud del contratista, a pagarle gastos financieros a una tasa igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales. Tratándose de pagos en exceso recibidos por el contratista, éste, además de reintegrar lo pagado en exceso, deberá cubrir intereses calculados a la tasa señalada.

6º.- *Suspensión de la obra.*- Por causa justificada, la Administración Pública contratante podrá suspender total o parcialmente la obra contratada, a cuyo efecto, los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades designarán a los servidores públicos que podrán ordenar la suspensión. Si ésta se dispone por causa imputable a la dependencia o entidad, ésta deberá pagar, además de los trabajos ejecutados, los gastos no recuperables, a condición de que sean razonables, estén debidamente comprobados, y se relacionen directamente con el contrato.

D.- Terminación.

Normalmente se da por conclusión, por convenio de las partes o actos de la Administración que impidan la terminación total por falta de interés general. También se da por nulidad, escisión, caso fortuito o fuerza mayor que haga imposible su cumplimiento. De manera que no siempre es por su cabal cumplimiento, sino también por interés público, vicios de contratación, incumplimiento de obligaciones durante su ejecución, desaparición del objeto o imposibilidad de cumplirlo, muerte o quiebra del contratista, y mutuo consentimiento, que dan lugar a la terminación anticipada y anormal del contrato.

En general la terminación se da bajo las siguientes figuras jurídicas:¹

1º.- Cumplimiento de las obligaciones contractuales.- No existiendo obligaciones insolutas a cargo de los contratantes, el contrato se tiene por terminado, lo que no

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa. México. 2000. p.p. 299-301.

puede ocurrir antes del plazo de 12 meses a partir de la recepción de la obra, durante el cual el contratista está obligado a responder de los vicios ocultos de la obra.

2ª.- Revocación.- Se refiere a la terminación anticipada del contrato, por interés público o vicios en la celebración del contrato, en cuyo caso se habla mas bien de anulación; y cuando es por interés público debe haber razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que es una actividad propia de la Administración. En cuanto a la anulación por vicios contractuales, la celebración del contrato se sujeta a un procedimiento de derecho público cuya inobservancia conlleva vicios de ilegitimidad que de referirse a aspectos esenciales para su validez y existencia, dan lugar a su eliminación del mundo jurídico, lo cual se logra mediante su nulidad. El contrato se ve gravemente viciado cuando no se satisfacen los requisitos indispensables para su validez y eficacia; cuando ello ocurre, la consecuencia derivada de tales vicios debe ser la anulación o declaración de la nulidad del contrato. Los vicios relativos a la voluntad y a los elementos, se conocen como vicios de ilegitimidad y en casos graves, traen como consecuencia la nulidad. En cuanto a los vicios de la voluntad, si el consentimiento o acuerdo de voluntades no se expresa y exterioriza, el contrato no podrá existir en el mundo jurídico; y aún cuando existiera, la declaración de voluntad de celebrar un contrato de obra puede viciarse por error, dolo o violencia, entre otros factores de distorsión. Los vicios en los elementos del contrato se refieren a la competencia de la Administración, a la capacidad del contratante, a la certeza y a la licitud del objeto.

3ª.-Rescisión unilateral o convenida, según la promueva uno o ambos contratantes, y administrativa o judicial, conforme al carácter administrativo o judicial del órgano del poder público que la determine.

E.- Recepción.

Terminada la obra, el contratista lo deberá hacer del conocimiento de la dependencia o entidad, para que ésta verifique si los trabajos quedaron concluidos en el plazo pactado, hecho lo cual, la contratante procederá a su recepción física,

para lo cual, de acuerdo con lo previsto en la ley, contará con un plazo determinado.

3.6. CLASES O MODALIDADES

Doctrinalmente las clases o modalidades del contrato de obra pública son las que configuran la remuneración del contratista, y destacan las siguientes:

1ª.-A precio alzado.- Determina un precio, en principio, único, total, invariable, para la obra contratada, pero que puede modificarse por el hecho del príncipe, o por la teoría de la imprevisión, o por trabajos adicionales requeridos por la Administración. Lamprea Rodríguez, citado por Fernández Ruiz, dice que precio alzado es aquel que se fija en determinada cantidad, a diferencia de los que son resultado de evaluación o cuenta circunstanciada. En este caso de contrato a precio alzado, el contratista recibe como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios. A ésta modalidad se le censura la posibilidad de que, en afán de reducir al máximo el costo de la obra, el contratista emplee materiales de ínfima calidad y mano de obra de baja calificación, lo que iría en detrimento de la calidad de la obra; pero tal posibilidad se evita o reduce al máximo con especificaciones detalladas acerca de los materiales a utilizar y características de los trabajos a realizar, complementando con una supervisión efectiva.¹ El artículo 44 fracción II de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal establece que ésta clase de contrato siempre será aplicable en los proyectos integrales, precisando que el contrato no será modificado en monto o plazo, ni sujeto a ajustes de costos.

2ª.- Bajo precios unitarios o sistema de unidad de medida.- Se determina el precio del contrato de acuerdo con precios por unidad de medida asignados a los diferentes conceptos de trabajos de la obra; pues a mayor volumen de obra mayor utilidad del contratista, por cuya razón es preciso que el contrato especifique los volúmenes de obra, lo que debe complementarse con una

¹ Ibid. P. 245.

supervisión efectiva y proba.¹ El artículo 44 fracción I de la ley local citada establece que en ésta clase de contrato la remuneración al contratista es por unidad de concepto de trabajo terminado, en obra, y por unidad de concepto de servicio realizado, en servicio.

3ª.- *Por administración.*- Cuando el precio del contrato se integra con la suma de gastos directos e indirectos y utilidad del contratista, los gastos son cubiertos inicialmente por el contratista, quien debe llevar una contabilidad minuciosa de ellos, pues le serán reembolsados a la entrega de la obra, mediante la comprobación respectiva, junto con el importe de su utilidad, que podrá consistir en un porcentaje de los gastos o en una cantidad fija previamente convenida. Máximo Bezzi, citado por Fernández Ruiz, dice que en este caso el empresario, por medio de un contrato de construcción, se compromete a realizar la obra adquiriendo los materiales y poniendo la mano de obra para ello, con el posterior reintegro de tales gastos por parte de la Administración; reembolsos que pueden ser parciales a medida que se va desarrollando la obra, con la adición de un porcentaje determinado sobre el valor de todos los trabajos ejecutados.² La vigente Ley Federal sobre obra pública no contempla esta clase de contrato de obra, en su lugar establece el contrato mixto; por su parte la ley local sí lo menciona en su artículo 44 fracción III, señalando que el importe de remuneración al contratista será por comprobantes, facturas, nómina pagada y porcentaje de gastos indirectos sobre lo anterior. Pero así como existe esta modalidad contractual para realizar obra pública, que es el contrato por administración, hay otra modalidad no contractual para realizar obra pública, que es por administración directa, calificativo que sólo usa la ley federal anterior, por lo que sin embargo no hay que confundir ambas figuras puesto que son diferentes, aún cuando se parezcan en su denominación. Esto tiene apoyo en los artículos 23 y 24 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal, relacionados con el 60 del mismo ordenamiento, ya que mientras los primeros dos preceptos facultan

¹ Ibid. P. 246.

² Idem.

respectivamente a la Administración para "...convocar, adjudicar o llevar a cavo obra pública..." y para contratarla por licitación e invitación restringida a tres contratistas con adjudicación directa, en el segundo precepto se faculta a los órganos administrativos para realizarla "...con personal de la estructura de su organización...", de lo que se desprende que esta última forma de realizar obra pública no es mediante contrato.

Lo anterior significa que según estos dos preceptos correlacionados, solo hay dos formas de realizar obra pública:

A.- Contractual.- La que se realiza mediante licitación o invitación directa, que son dos procedimientos previos al contrato, y cuyas clases o modalidades se estudian en este capítulo, entre la que se encuentra precisamente la de contrato por administración.

B.- Por administración directa.- Es una modalidad no contractual para realizar obra pública, establecida tanto en la ley federal anterior(LAOP) en sus artículos 29 y 77, como en la local vigente (LOPDF) en sus artículos ya citados 23 y 60; y entre cuyos principales requisitos destacan los siguientes: Tener capacidad técnica, maquinaria, equipo y personal; contar con saldo disponible en presupuesto o autorización de la Secretaria de Hacienda o de Finanzas; tener estudios, proyectos, normas y programas de ejecución; contemplar el posible uso de mano de obra local y material de la región en hasta 20 % del total requerido; contar con el acuerdo del Titular del Órgano, su Oficial Mayor o equivalente, con descripción de la obra, proyectos, planos, especificaciones, programas de ejecución y presupuesto; y la no participación de terceros como contratistas.

Retomando nuestra exposición sobre las clases o modalidades de contrato de obra pública, Fernández Ruiz señala que sus inconvenientes para determinar la remuneración al contratista, se pueden evitar o reducir al máximo con especificaciones precisas y una supervisión efectiva y proba. Agrega dicho autor que la forma mas equitativa y conveniente es la de precios unitarios, salvo en obras pequeñas o de escasa complejidad; y concluye que en cualquiera de las

tres formas vistas, sin especificaciones precisas y supervisión eficaz y proba, la *Administración Pública contratante* estará en riesgo de pagar demás.¹

4ª.- *El de trabajos que abarquen más de un ejercicio.*- Sólo la ley local en su artículo 45 contempla ésta forma de contrato de obra pública, estableciendo que éste es por toda la obra licitada, comprometiendo en él sólo el importe del primer ejercicio; y que para los siguientes ejercicios se comprometen importes respectivos por revalidación (dar validez o confirmar una cosa) de tipo presupuestal, conforme a la suficiencia de partida correspondiente. En la reforma a dicho ordenamiento, en marzo del año 2003, en el artículo citado se aclara su primer párrafo, señalando que se trata del ejercicio fiscal y que para los siguientes ejercicios se comprometen sólo los importes respectivos por revalidación presupuestal, conforme a la suficiencia de la partida correspondiente en cada nuevo ejercicio, hasta la eventual terminación de la obra. Se le agrega también un segundo párrafo, el cual establece que:

A.- Para cada nuevo ejercicio las contratantes, en el proyecto de presupuesto de egresos del Gobierno del Distrito Federal, especificarán montos de requerimientos financieros para el programa de obras en cada ejercicio fiscal, hasta su eventual terminación.

B.- En la ejecución se dará prioridad a obras y proyectos con mayor avance físico.

3.7. GARANTÍAS

Tienen como objetivo el cabal cumplimiento de las obligaciones del contratista en el contrato de obra pública, y para que tal contratista asegure en su caso el pago de las sanciones que se le impongan. En nuestra legislación se contempla un sistema de garantías encaminado a asegurar la correcta ejecución de la obra pública contratada, con apego a los términos pactados, precisándose que son a cargo de licitantes y contratistas; y destacan las siguientes:

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo: Contratos. Porrúa. México. 2000. p. 247.

1ª.- De anticipos.- Debe constituirse por la totalidad de su monto en un plazo determinado por la ley, a partir de que el contratista reciba copia del fallo de adjudicación. La Ley de Obra Pública del Distrito Federal en su artículo 35 precisa que tal garantía es por el monto de anticipos con IVA, debiéndose presentar en diez días hábiles a que el ganador reciba fallo de adjudicación, y que los anticipos se entregarán hasta en diez días hábiles a la presentación de la garantía.

Respecto de las reglas para fijar dichos anticipos, tal ordenamiento en su artículo 49 establece las siguientes:

A.- Se ponen a disposición del contratista antes de iniciar trabajos. Su atraso es motivo para diferir en igual plazo la ejecución, salvo si no entregó garantía de anticipos en tiempo, debiendo iniciar obra en fecha original; en tal diferimiento, el contratista puede iniciar servicios en tiempo por su voluntad y riesgo, salvo supervisión; y si por ello incurre en gastos financieros, le serán cubiertos. Pero en proyecto integral, si el contratista no garantiza los anticipos en tiempo, no procede diferimiento. En la reforma del último precepto citado, se agregó que dichos gastos financieros serán cubiertos por la contratante, quien señalará el procedimiento para cubrir su pago.

B.- No se otorgan para ajuste de costos, ni convenios durante el ejercicio presupuestal o que modifiquen contratos, salvo sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos; pero sí se otorgan para convenios de modificación contractual, hasta por el veinte por ciento para compra o adquisición de material en obra o proyecto.

C.- Los anticipos amortizados (recuperados) por rescisión, se reintegran a la convocante en hasta 20 días hábiles después de comunicada la rescisión al contratista, de lo contrario éste cubrirá cargos conforme a la tasa y el procedimiento de cálculo para pagos en exceso.

D.- Para determinar el costo financiero de trabajos, la propuesta debe considerar el importe de anticipos.

2ª - *De cumplimiento.*- Esta garantía previene que, quienes como contratistas celebren contratos de obra pública, deberán garantizar el cumplimiento de los mismos en determinado plazo legal, a partir de que reciban copia del fallo de la adjudicación; pero en determinados contratos el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar al contratista de presentar dicha garantía de cumplimiento. Al igual que la anterior garantía de anticipos, en el ámbito local debe presentarse en diez días hábiles a partir de que el ganador reciba el fallo de adjudicación.

3ª.- *De saneamiento de vicios ocultos.*- Esta garantía establece la obligación del contratista para responder por la posesión o aprovechamiento útil de la obra contratada, de manera que cuando los vicios ocultos son de tal magnitud o gravedad que hacen impropia la obra o dificultan de tal manera su uso que, de haberlo sabido previamente el contratante, no hubiera contratado la obra o habría convenido un precio menor por ella. La Ley de Obra Pública del Distrito Federal en sus artículos 35 y 58 precisa que ésta garantía es por defectos, vicios ocultos u otra responsabilidad en obra, conforme al contrato; agregando el segundo precepto del citado ordenamiento, que en obra y servicios se otorga por un año a partir de la recepción con el 10 % del total ejercido en la obra, o con ajuste de la de cumplimiento en el mismo porcentaje; y que en proyecto integral, plantas industriales y equipos especializados, esta garantía cubrirá al menos 25 % de su vida útil.

Los instrumentos mas comunes para otorgar las anteriores tres garantías descritas, son la fianza, la carta de crédito irrevocable y el fideicomiso; y serán, en el ámbito federal, otorgadas a favor de la Tesorería Federal por actos o contratos con dependencias y Procuraduría General de la República, a favor de la Tesorería del Distrito Federal por actos o contratos con su Gobierno y Procuraduría de Justicia, a favor de las Entidades por actos o contratos con ellas, y de las Tesorerías Estatales o Municipales por contratos en que participen. Por su parte el artículo 36 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal precisa que, tanto estas

garantías como la siguiente, se constituyen a favor de la Secretaría de Finanzas en el caso de las dependencias y órganos desconcentrados, y en el caso de las entidades, a favor de éstas. El artículo 58 del mismo ordenamiento establece que los contratistas podrán retirar sus garantías a su vencimiento, con aprobación escrita de la contratante; y hechas efectivas dichas garantías, quedan a salvo derechos de la contratante para exigir pago de cantidades no cubiertas por indemnización.

4ª.- *De seriedad de propuestas.*- Se contempla en el artículo 35 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal fijándole bases, forma y porcentajes a que deberán sujetarse.

5ª.- *Por daños y perjuicios causados por la inobservancia del contratista a la normatividad de construcción, seguridad, uso de vía pública y disposiciones de la contratante, a la que debe sujetarse según precisa el artículo 59 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal, agregando que el contratista es único responsable de la ejecución de trabajos en términos del contrato.* Esta última garantía, según el artículo 47 del último ordenamiento citado, se puede presentar como un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, que según la última reforma a ese precepto en marzo del año 2003, deben presentar los contratistas mediante póliza y contrato respectivos en 5 días hábiles a la firma del contrato.

3.8. DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Dentro de las obligaciones del empresario destacan las de concluir la obra en tiempo, responder por el trabajo, defectos y disposiciones gubernamentales; y en las del contratante destacan las de pagar el precio, recibir la obra, cubrir daños e indemnizar, aún en la circunstancia de cuando *"...el empresario contrata a su nombre la compra de materiales, e incluso la mano de obra necesaria y los gastos en que se deba incurrir, facturando al cliente el precio total pactado"*.¹

¹ DIEP DIEP, Daniel. Op. Cit., p. 353.

Conforme al artículo 17 de la Ley de Adquisiciones y Obra Pública, las convocantes, en cuanto a la planeación, tienen la obligación de sujetarse al plan nacional de desarrollo y a los programas anuales, sectoriales, regionales y especiales, así como al Presupuesto de Egresos de la Federación y del Gobierno del Distrito Federal. Por su parte el artículo 16 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal, agrega que deben sujetarse a los planes general, delegacional y parcial de desarrollo urbano en el Distrito Federal, así como a la opinión de órganos ciudadanos.

En cuanto a los programas y presupuestos dice la ley federal citada en su artículo 19, que las convocantes deben considerar los estudios de preinversión para factibilidad, los objetivos, acciones previas durante y posteriores a la ejecución, y para poner obras en servicio; así como las características ambientales, calendarización de recursos para ejecución y operación, responsables de éstas etapas y fechas previstas de inicio y término. Así mismo deberán tomar en cuenta las investigaciones y asesorías con proyectos de ingeniería y arquitectura; la adquisición de la tierra y permisos de construcción, la conservación de inmuebles a su cargo; las instalaciones para tránsito y acceso de discapacitados; y el costo estimado de obra por contrato; pero si es por administración directa, el costo de recursos necesarios: materiales, maquinaria, equipos...etc.

Por su parte la ley local vigente en su artículo 17, siendo mas precisa, agrega que las convocantes, en materia de programa y presupuesto, deben considerar estudios de impacto ambiental, urbano y social; estudios de campo con anteproyectos de urbanismo; precios de mercado y costos de los recursos necesarios; así como los trabajos conjuntos o proyectos integrales. Precisa dicho ordenamiento que en obras financiadas por el contratista la convocante debe sujetarse a la Secretaria de Finanzas; y finalmente, por reforma de marzo del año 2003 se agregó que deben considerar la obtención de dictámenes, licencias y demás autorizaciones legales. Las dos leyes citadas, en sus artículos 20 y 18 respectivamente, coinciden en que las convocantes deben prever o prevenir los

efectos sobre el medio ambiente, para preservarlo o restaurarlo mediante estudios y obras. Igualmente coinciden en sus artículos 21 y 19 respectivamente, en que la convocante, antes de contratar, debe verificar si en sus archivos o afines ya hay proyectos aplicables o adaptables. Ambas leyes, federal y local, en sus artículos 22-23 y 20-21 respectivamente, obligan a las contratantes a publicar oficialmente programas anuales de obra, que podrán ser modificados, suspendidos, cancelados o diferidos; pero la ley local agrega que junto con el presupuesto, estos programas deben ser remitidos a la Secretaría de Finanzas.

Respecto de la contratación de obra pública, las contratantes tendrán la facultad de hacerlo mediante licitación pública, invitación restringida a tres contratistas o por adjudicación directa; todos estos medios como requisitos precontractuales. Igualmente podrán modificar los plazos de convocatoria o bases de licitación, sin alteración substancial de la obra; podrán custodiar las garantías de licitantes y contratistas hasta el fallo de adjudicación, acto en que serán devueltas, salvo la del adjudicado, reteniéndosela hasta que garantice el cumplimiento. También podrán rescindir contratos por incumplimiento del contratista, podrán terminarlos anticipadamente por interés general, y justificadamente podrán suspender total o parcialmente la obra. Y la ley local vigente, en sus artículos 23 a 27, 31, 34, 35, 37 y 38, agrega y precisa algunas cuestiones como las siguientes: aunque, al igual que en lo federal, establece que la convocatoria y adjudicación se harán sólo si hay recursos específicos en el presupuesto, establece la salvedad de que tales requisitos precontractuales podrán realizarse si hay autorización de la Secretaría de Finanzas, gestionándose de inmediato la suficiencia presupuestal. Pero por reforma de marzo del año 2003 a dicho ordenamiento local, se agregó un último párrafo en su artículo 23, exceptuando de lo anterior los casos en que técnicamente solo se necesiten términos de referencia, especificaciones de trabajo, planos o croquis u obras para mantenimiento preventivo o correctivo. Igualmente dicho ordenamiento agrega que las convocantes deberán avisar a la Contraloría los impedimentos de aspirantes y concursantes; contar con estudios, proyectos o avances de obra que aseguren su desarrollo ininterrumpido; y que también están obligadas a optar, en igualdad de

condiciones, por empleo de recursos humanos, materiales y equipos nacionales, si cumplen con especificaciones del proyecto.

También debemos tener presente algunas facultades de la Contraloría, que en su artículo 13 de la ley federal citada se engloban en la de poder intervenir en cualquier acto que contravenga la ley de obra pública, precisando la de cancelar adjudicación reembolsándose a participantes gastos no recuperables. Por su parte la ley local vigente, siendo mas explicita, en sus artículos 13, 14 y 32 señala las siguientes facultades de la Contraloría: interpretar la ley de la materia e intervenir en actos que la contravengan; junto con la Secretaría de Obras, dictar disposiciones para cumplir dicha ley; al igual que la Secretaría de Finanzas, contratar asesoría para investigación de mercado, mejoramiento de la contratación de obra, verificación de precios, pruebas de calidad; y anular la adjudicación reembolsando a los concursantes gastos justificados y relacionados.

Para que el contratista pueda iniciar en tiempo la obra, en ambas leyes, federal y local, en sus artículos 65 y 51 respectivamente, se establece que las contratantes deberán poner oportunamente a disposición del contratista el inmueble, pues su incumplimiento prorroga en igual plazo la terminación, la cual, según los artículos 74 y 57 también respectivamente, deberá comunicar el contratista a la contratante, para que ésta verifique la conclusión de trabajos y los reciba por acta en el término pactado, y si no lo hace se le tienen por recibidos. La ley local precisa que la obra puede recibirse por partes utilizables, con tal de que esté en condiciones de operación, y agrega que la recepción por acta es sin perjuicio de posterior liquidación y finiquito del contrato. La liquidación de obra se efectúa en hasta cien días hábiles a la recepción, con notificación anticipada de contratante a contratista; y si ésta no la acepta aquella la realiza unilateralmente. El finiquito se realiza hasta en 20 días hábiles a la liquidación; si el contratista no se presenta a finiquitar, la contratante le requiere por escrito a que lo haga en otros 20 días, y si no lo hace, la contratante finiquita unilateralmente.

CAPÍTULO 4

PROCEDIMIENTO PARA REINTEGRAR PAGOS EN EXCESO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL.

4.1. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO.

El cumplimiento de una obligación como sinónimo de pago, según el artículo 2062 del Código Civil, es la entrega de la cosa o prestación del servicio prometido, a que está obligado un deudor a favor de su acreedor, lo cual implica una relación jurídica entre estos dos sujetos. De manera que el efecto natural de esta relación es el cumplimiento o realización de la prestación, que puede consistir en una conducta de hacer, dar y no hacer o abstenerse. La de dar se materializa en una cosa, la de hacer o abstenerse en un hecho activo o pasivo respectivamente; la primera, para su cumplimiento, debe ser entregada de la misma o mediana calidad y con sus accesorios; la segunda se cumple realizando el deudor la conducta debida y la tercera con la omisión del deudor respecto al hecho pactado.

El concepto de obligación se refiere a un vínculo jurídico que nos plantea la necesidad de pagar alguna cosa y su fuente es el acuerdo de voluntades o un ilícito. Conforme a nuestro Código Civil son fuente de obligaciones los contratos, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y los hechos ilícitos. Una sexta fuente de obligaciones es la misma ley, pues en ocasiones el nacimiento de una obligación no es un hecho determinado sino una disposición de carácter normativo. En todo caso las obligaciones, como ya se señaló, solo pueden ser de dar, hacer y no hacer; donde las primeras tienen por objeto trasladar el dominio de cosas ciertas, enajenar temporalmente su uso o goce, restituir cosa ajena o pagar la debida. Las obligaciones se extinguen por su cumplimiento mediante el pago, por compensación cuando dos personas son deudores y acreedores recíprocamente, por confusión de derechos cuando la calidad de deudor y acreedor se reúne en una sola persona, por novación cuando los contratantes alteran sustancialmente los términos de su contrato, sustituyendo

la antigua obligación por una nueva; y por remisión o condonación de la deuda si el acreedor renuncia a su derecho.

El concepto de pago deriva del latín *pecare*, apaciguar, porque aplaca al acreedor,¹ y es un acto jurídico consensual consistente en el cumplimiento de la prestación debida, para extinguir la obligación. Técnicamente es el cumplimiento de prestaciones de dinero, y su naturaleza lo ubica como un hecho jurídico extintivo y como un acto jurídico bilateral con calidad de verdadero contrato de cumplimiento, de manera que en este caso el pago requiere el consentimiento de quien recibe la prestación.

Los requisitos del pago en general son la existencia de la obligación, de lo contrario el pago estaría desprovisto de causa, dando lugar a la acción de repetición del pago indebido; un segundo requisito es la intención de extinguir la obligación por el pago, de lo contrario podría tratarse de una donación u otro acto diferente; y un tercero es la efectiva y exacta realización de la prestación, de lo contrario el pago no sería válido. *Subjetivamente* los requisitos del pago son la existencia del destinatario o a quien se paga,² que puede ser un tercero, si el pago es útil para el acreedor; la capacidad para recibir el pago, que implica tener el poder de disposición; y finalmente la persona que paga.

El efecto del pago es la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor. *Objetivamente* para que se extinga el vínculo crediticio y el deudor quede liberado, éste ha de llevar a cabo la exacta realización de la prestación debida.³ Finalmente, los requisitos que se refieren a la oportunidad en que la prestación a de realizarse son el tiempo y el lugar, los cuales generan la exigencia del cumplimiento, la mora, el plazo o la condición suspensiva.

¹ GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis. *Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. V, Pago*, Porrúa-UNAM, 2002, P. 408.

² *Ibid.* p. 409.

³ *Ibid.* p. 410.

El pago puede hacerse mediante cesión de bienes, que históricamente surgió para liberar de la ejecución o privación de libertad al deudor que sin mala fe hubiera caído en insolvencia, y consistía en que el deudor abandonara todos sus bienes a los acreedores para que con su venta estos se cobraran sus créditos. El artículo 2063 de nuestro Código Civil dice que ésta cesión de bienes sólo libera al deudor por el importe líquido de tales bienes, salvo pacto en contrario, sujetándose a la concurrencia y prelación de créditos. La característica principal de esta forma de pago es que el deudor sólo queda liberado hasta donde alcance el importe líquido de los bienes cedidos, quedando responsable por el resto; y además la cesión sólo otorga a los acreedores la posesión y administración de los bienes con un mandato de su venta para el pago de sus créditos. *La imputación de pagos* es una segunda forma de pagar, y se aplica cuando son varias las obligaciones entre un mismo acreedor y un mismo deudor, siendo preciso saber a cual obligación se refiere el pago, designándosele o imputándosele por parte del deudor al momento de hacerlo. Finalmente *la dación en pago* es una tercera forma de pagar y consiste en el acuerdo entre el deudor y su acreedor, por el cual éste acepta el pago con una prestación diversa a la convenida, de manera que, según el artículo 2095 de nuestro Código Civil la obligación queda extinguida si el acreedor recibe en pago una cosa distinta a la debida. Esta forma de pago para algunos tiene parte de la naturaleza de un contrato de compraventa, para otros es novación objetiva, para González Alcántara, es una forma especial de extinción de la obligación.¹

4.2. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL PAGO EN EXCESO.

Aunque en nuestra legislación sobre contratos de obra pública no existe un concepto claro sobre el pago en exceso, la fracción VIII del artículo 46 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal establece, que tales contratos deberán contener una cláusula o declaración que se refiera a la *"..forma en que el contratista,..reintegrará cantidades que de cualquier manera hubiera recibido en exceso."* Por tanto podemos decir que conforme a éste precepto legal, el pago en

¹ Ibid. p. 413.

exceso es cualquier cantidad que la Administración entrega al contratista sin tener la obligación o justificación para hacerlo. Sin embargo lo anterior no podemos tenerlo como un concepto pleno del pago en exceso, pues el precepto citado sólo es una referencia y aplicación del mismo, lo cual también se da en otras materias jurídicas como la fiscal, laboral o de servicios; y por ello tomaremos en cuenta varios parámetros para elaborar nuestro propio concepto de pago en exceso, para lo que resulta obligado abordar primeramente el pago de lo indebido como la figura civil equivalente. Incluso algunos autores como González Pérez, consideran implícitamente el pago en exceso como una especie de pago indebido, de manera que éste último es el genero y aquel la especie, pues no todo pago indebido será pago en exceso pero si todo pago en exceso será pago indebido. Lo anterior se desprende de lo expuesto por tal autor sobre los principios del procedimiento para la devolución de pagos tributarios indebidos,¹ los cuales creemos que también pueden ser aplicables en los pagos en exceso en el contrato de obra pública, puesto que la única diferencia entre la materia fiscal y la de este estudio, en cuanto a pagos en exceso, es que en aquella tales pagos los realiza el gobernado y en materia de obra pública los realiza la Administración, pero conforme a las ideas del autor que citamos, las causas y circunstancias de fondo en ambas situaciones son las mismas.

Por todo lo expuesto en el párrafo anterior no podemos soslayar el estudio del pago indebido, pero sólo nos basaremos en el Código Civil Para el Distrito Federal y algunos comentarios de la doctrina al respecto. En dicho ordenamiento se regula el pago de lo indebido como un posible origen del enriquecimiento ilegítimo, que para la materia de nuestro estudio es una referencia porque entra dentro de las responsabilidades de los funcionarios públicos, pero también dentro del ámbito civil en cuanto a los particulares que contratan con la Administración.

¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y TOLEDO GAUDENES, Julio. Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones Económico-Administrativas, Civitas, 2ª ed. Madrid, 1997. pp. 11-124.

Si el pago en general, conforme al artículo 2062 del Código Civil, es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido, conforme al 1883 hay pago de lo indebido cuando una persona entrega a otra por error, una cosa que no debía o ejecuta un servicio a favor de la que no tenía derecho de exigir tal servicio. Se trata de un pago hecho por error, sea porque no existe obligación o porque existiendo la deuda, el que la paga no es el deudor o a quien se le paga no es el acreedor. En la entrega realizada por error, el que paga indebidamente debe estar bajo la falsa creencia de que existe a su cargo una obligación, en el mismo estado supuestamente estará el que recibe la prestación, pero de no ser así actuaría con dolo o mala fe y su responsabilidad no derivaría de un pago indebido sino de un hecho ilícito.

La buena o mala fe en el que recibe es determinante para establecer los efectos del pago de lo indebido. Si el pago consistió en una cosa, el que la recibe de buena fe debe restituirla, y si consistió en una prestación, debe pagar una indemnización en la medida de su enriquecimiento. Si hubo mala fe en el que recibe la cosa, es decir a sabiendas de que no existe la deuda o de que quien paga no es la persona deudora o de que aquella no es la acreedora, está actuando dentro del campo de los hechos ilícitos, y conforme al artículo 1884 no sólo debe devolver lo recibido sino abonar intereses y frutos percibidos o dejado de producir, además de responder de los menoscabos y perjuicios que sufre el que la entregó. La mayoría de nuestros autores coinciden en que la indemnización que debe cubrir el *accipiens* que procede de mala fe, no tiene por fuente un pago indebido sino un hecho ilícito (mala fe al recibir), que producirá, además de los efectos civiles señalados en el precepto citado, los efectos civiles y penales derivados de los hechos ilícitos.¹

Según el artículo 1886 existe una diferencia entre el tercero que recibe la cosa pagada indebidamente pero de buena fe y el que la recibe de mala fe, éste

¹ BRENA SESMA, Ingrid. Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal, t.IV, comentario al artículo 1884. UNAM-III- Miguel Ángel Porrúa. México. 1987. p. 51.

sufre la reivindicación de la cosa entregada y pagará los daños y perjuicios, y aquel sólo estará obligado a restituir la cosa si la recibió a título gratuito. El que recibió el pago sin causa estará obligado conforme a los artículos 1883, 1884 y 1887, según haya actuado de buena o mala fe; si actuó de buena fe sólo responderá de los menoscabos o pérdidas, pero debe restituir el importe de su enriquecimiento hasta el monto del empobrecimiento ajeno.

El que paga lo que no debe actúa con negligencia,¹ aún cuando sea leve, por lo menos incurre en error, y del que no debe ser víctima el que aceptó el pago de buena fe, quien tendrá derecho a que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, pero si esto no fuera posible por causar un detrimento en la cosa dada en pago, el que la recibió tendrá derecho entonces a que se le pague una cantidad equivalente al aumento que recibió la cosa con las mejoras; si así no fuera estaríamos en un caso de enriquecimiento ilegítimo. La obligación del que recibe, consiste únicamente en restituir el importe de la ganancia que obtuvo con la cosa entregada indebidamente en pago. Se concluye entonces que el pago de lo indebido a quien lo recibe de buena fe, es atribuible a la negligencia o error del que cometió el pago, que no debe perjudicar al que lo recibe, pues exigirle la restitución equivaldría a causarle un perjuicio por la pérdida de un crédito a su favor. En el mismo sentido, el artículo 1890 establece que tampoco habrá obligación de restituir la cosa recibida de buena fe, cuando se inutilice el título de crédito, se deje prescribir la acción, se abandonen las prendas o se cancelen las garantías del derecho del que recibió. En estos casos de pago indebido a quien lo recibe de buena fe, el que realiza el pago, independientemente de su negligencia o error, podrá actuar contra el verdadero deudor o fiadores si su acción está viva; la cual consistirá en cobrar el crédito a favor del que recibió de buena fe. A esta circunstancia Borja Soriano, citado por Brena Sesma, le llama “*sustitución de acciones*”.²

¹ Ibid. Comentario al artículo 1889, p. 53.

² Ibid. Comentario al artículo 1890, p. 54.

Por su parte el artículo 1891 plantea el pago de lo indebido a quien lo recibe de mala fe, en cuyo caso el que entregó indebidamente algo o realizó una prestación, está obligado a probar el pago y lo indebido del mismo, pero si el que se enriqueció negare que recibió el pago y se probare que éste se realizó, entonces se presumirá que el pago era indebido y la mala fe del que recibió, quedando entonces la carga de la prueba de la legitimidad del pago a cargo del receptor. Finalmente el artículo 1892 establece que si en el momento del pago no existe obligación, porque nunca existió ésta (ausencia absoluta de causa de la deuda) o ya se extinguió por haber sido pagada con anterioridad, se presume el pago por error, pero queda destruida tal presunción si se prueba que el pago tiene una justificación porque se ha hecho a título de liberalidad (beneficio generoso sin recompensa alguna).

La prescripción en el pago se establece en el artículo 1893 del Código Civil cuando concede al que realice un pago indebido, un año a partir de que conoció el error, para ejercer la restitución mediante la acción de repetición de lo indebido; y cinco años para que prescriba tal acción, a partir de la fecha del pago, haya o no conocido el error.

Vimos ya en párrafos anteriores que el concepto y naturaleza del pago en exceso en particular y el indebido en general, implican necesariamente algún vicio sobre la voluntad, de manera preponderante el error y la mala fe. Pero por la importancia de estos vicios, para comprender cabalmente este punto del presente estudio, describamos a continuación tales vicios desde el punto de vista de nuestro Código Civil y una parte de la doctrina. Al respecto recordemos que estos vicios ya fueron mencionados en el punto 2.5 de este estudio a propósito de los elementos del contrato, en particular del consentimiento; pero en aquella ocasión se mencionan de una manera muy general como requisitos para la eficacia del consentimiento como elemento esencial del contrato, y en cambio aquí los abordamos con mas profundidad como un sustento doctrinal y legal para elaborar un concepto de pago en exceso, a partir de que se presentan sistemáticamente en

las circunstancias materiales y jurídicas durante la conformación del pago indebido.

Los vicios del consentimiento en general, se constituyen por la presencia de una causa que impide que la voluntad se forme concientemente o que se declare libremente. El Artículo 1812 del Código Civil contempla tres causas: si el consentimiento se da por error, si se arranca con violencia y si es sorprendido por dolo. Pero a éstos tres vicios del consentimiento hay que agregar la mala fe y la lesión, aunque según Gutiérrez y Gonzáles, citado por Márquez Gonzáles, el dolo y la mala fe o intención, constituyen materias específicas relacionadas con el error, agregando dicho autor la reticencia o *"...silencio que voluntariamente guarda uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad, respecto de alguno o algunos hechos ignorados por su cocontratante, y que tienen relación con el acto jurídico que celebran"*.¹

El error, según Stolfi, citado por Márquez Gonzáles y conforme a los comentarios que de los artículos 1813 y 1814 de nuestro Código Civil hace el segundo autor,² consiste en la falsa representación de la realidad: determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado; o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias. Puede ser de derecho o de hecho si invalida el contrato por recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de las partes, o si tal contrato se celebra sólo por el falso supuesto que lo motivó. El de hecho no requiere conocimientos especializados sino que atañe a circunstancias prácticas de la vida cotidiana, y por ello comprende una gran variedad de supuestos que van desde el falso conocimiento sobre la naturaleza del contrato hasta el error en el cálculo. El de derecho se refiere a la ignorancia o a una incorrecta interpretación sobre la

¹ MÁRQUEZ GONZÁLES, José Antonio. Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal, t. IV comentario al artículo 1812. UNAM-IVJ- M.A. Porrúa. México. 1987. p. 13.

² Ibid. comentarios a los artículos 1813 y 1814. p. p. 13-14.

aplicación de una norma jurídica al contrato que se pretende celebrar. Para que éste error constituya un vicio de nulidad, debe también recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de una de las partes. Este vicio del consentimiento se une a la teoría de la falsa causa; es el supuesto que no coincide con la realidad y que determinó a una de las partes a celebrar el contrato. El error también puede ser radical si consiste en un desacuerdo entre lo querido y lo que se ha declarado, sin viciar la voluntad, excluyéndola enteramente; pudiendo ser indiferente si recae en circunstancias accidentales que no influyen en la voluntad del sujeto, como el de cálculo cuando sólo se da lugar a la rectificación; o de vicio propiamente dicho, que produce la nulidad del contrato, si recae sobre el motivo determinante de la voluntad, como el de cantidad, cuando conduce a un equívoco contable que sólo da lugar a la anulación del contrato. (Se compran 50 sacos de maíz cuando en realidad sólo son 40). Se dice que vicia la voluntad porque de no existir el error (falso supuesto) la voluntad del sujeto se habría formado en otro sentido.

El dolo, conforme a los artículos 1815, 1816 y 1817, así como los comentarios que a ellos hace Márquez González,¹ es una actitud activa consistente en *cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes*. Es una especie de error porque es provocado por medio de artificios o maquinaciones, es *"...toda malicia, engaño o maquinación, para valerse de la ignorancia de otro, engañarle o defraudarle"*. El dolo que proviene de un tercero es causa de nulidad, sí una de las partes lo sabe y se aprovecha de las maquinaciones que el tercero emplea para engañar al otro contratante. Es decir que aquella parte que resulta beneficiada se coluda con la otra guardando silencio para engañar a la víctima del dolo, pero además éste ha de ser la causa determinante del contrato, provocando un error sobre las cualidades esenciales y naturaleza del objeto, y sobre la cantidad. El dolo puede influir sobre la voluntad determinándola de modo que sin él, el negocio se habría realizado pero bajo condiciones distintas y menos onerosas. Si hay dolo mutuo, es decir que si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la

¹ Ibid. Comentarios a los artículos 1815, 1816 y 1817. Pp. 14-16.

nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones, y ello por haber infringido la regla general de contratación prevista en el artículo 1796 respecto a la obligación de conducirse conforme a la buena fe, al uso o a la ley. Aún cuando una de las partes actuara con mayor alevosía, lo que le interesa al legislador es sancionar el hecho de que, con independencia de la distinta medida de la gravedad del dolo, ambas partes procedieron violando los principios de buena fe y probidad que deben regir la celebración de los contratos. El dolo se compensa con el dolo, reza un antiguo proloquio, que expresa la sentencia del jurista Marciano: *“si ambos obraron mutuamente con dolo malo, no pueden ejercitar la acción de dolo.”* No es necesario que el dolo de uno y otro contratante sean de igual gravedad, ni siquiera entre los resultados de las maquinaciones insidiosas, pues lo que vicia la voluntad es la dañada intención que causan las manipulaciones o engaños de las dos partes para perjudicarse una a otra, usando el contrato como instrumento de sus aviesas intenciones.

La mala fe, según los artículos 1815 y 1816, y conforme al autor citado¹ en los dos párrafos anteriores, está en estrecha conexión con el dolo, es la *actitud pasiva de disimular el error de uno de los contratantes, una vez conocido*. En ambos casos la voluntad se forma de manera que a una de las partes se le ha impedido conocer la realidad sobre lo que contrata, y merced a los subterfugios empleados o a la disimulación del error en que se encuentra uno de los contratantes, el otro, con la intención conciente de dañarle, se aprovecha de ése error, con detrimento de la buena fe que debe sustentar toda relación contractual. Vemos pues que *el dolo o mala fe de una de las partes anulan el contrato si son su causa*, y si esto se relaciona con el artículo 1813, dicha causa se comprueba con la declaración del motivo determinante del contrato, o se deduce de las circunstancias.

La violencia, según el artículo 1819 del Código Civil es el empleo de la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la

¹ Idem.

libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado; generando así la nulidad del contrato. Se caracteriza, conforme al autor citado anteriormente¹, por una voluntad viciada por el temor que viene con la violencia que se ejerce sobre ella como un medio para presionar la declaración de voluntad, empleando la fuerza física e irresistible o amenazando con causar un mal inminente, generando así intimidación o temor irracional (miedo). Aquí hay que distinguir violencia e intimidación, ya que la primera es externa, impidiendo la expresión de la voluntad, sustituyéndola con un acto material arrancado por otra persona; y la segunda es interna, pues llega a la raíz de dicha voluntad influyendo en su determinación, cohibiéndola y dejándola que se manifieste aparentemente como propia del que consiente. Una segunda característica de la violencia es que debe ejercerse contra la parte que interviene en el contrato, ya de una manera directa o indirecta, y sea moral (compulsiva) o física (absoluta), debe ser seria, es decir, de una naturaleza tal que realmente coaccione a una persona común; también debe ser injusta, es decir que no debe consistir en el ejercicio legítimo de un derecho; y finalmente debe darse en circunstancias específicas que rodeen el caso, de manera que no será lo mismo amenazar a un anciano que a un hombre joven y vigoroso.

En relación con éste vicio de la voluntad se ubica el llamado temor reverencial, definido por el artículo 1820 del Código Civil, como *miedo de desagradar a quien se debe sumisión y respeto, el cual sin embargo no basta para viciar el consentimiento porque no proviene de la amenaza de un mal serio e injusto, aunque puede concurrir la violencia si la persona a quien se guarda consideración emplea amenazas para mantener o aumentar su jerarquía moral sobre el contratante*. Este temor reverencial se caracteriza porque en una persona normal no le coacciona su voluntad viciándola de violencia o intimidación, ni le

¹ MÁRQUEZ GONZÁLES, José Antonio. Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la República en Materia Federal, t. IV, comentarios a los artículos 1819 y 1820. UNAM-IVJ- M.A. Porrúa. México. 1987. p. p. 17-18.

priva de su libertad de decisión para determinarse a concluir o no un negocio jurídico; pues en todo caso, si quien experimenta tal temor realmente se siente privado de su libertad para decidir, es su ánimo débil, espíritu pusilánime y natural timidez, lo que influye en él para celebrar o no el acto, mas no la intimidación o amenaza que constituyen la violencia.

Existen algunas reglas y consideraciones¹ para calificar los anteriores vicios de la voluntad, así tenemos por ejemplo que el dolo o la violencia no podrán ser invocados cuando sin engaño o amenaza las partes ya prevean los provechos y perjuicios derivados del contrato, pues son irrelevantes los medios para promover un producto o la invitación para adquirir una mercancía, ponderando los beneficios que podría obtener de ella una de las partes. En todo caso las modernas técnicas publicitarias recurren con frecuencia a exagerar cualidades y bondades del producto que se ofrece en venta o los perjuicios que puedan evitarse al adquirirlo, de manera que no necesariamente hay engaño en esa conducta publicitaria, salvo que exista propósito de causar daño al otro contratante. Tampoco se pueden reclamar tales vicios de la voluntad, si habiendo cesado la violencia y conociendo el dolo el afectado, éste ratifica el contrato, lo cual significa que el acto nulo por violencia puede ser ratificado al cesar ésta, y ello concuerda con lo dispuesto en los artículos 2233 y 2234 que expresamente establecen la confirmación o ratificación de un acto nulo por causa de error, dolo, violencia o incapacidad de una de las partes.

4.3. DEMOSTRACIÓN DEL PAGO EN EXCESO.

En cualquier deuda es el acreedor quien debe acreditarla a cargo de su deudor, y en el caso de la Administración Pública como acreedora de las deudas causadas por los pagos en exceso que se hacen en el contrato de obra pública, también debe acreditar que tales pagos se realizaron. La demostración de estos pagos se podrá hacer exhibiendo los recibos de pago o documentos respectivos, o a partir de la revisión de la cuenta pública para detectar las fallas o errores que los

¹ Ibid. Artículos 1821 y 1822 con sus comentarios. P.p. 18-19.

provocaron en cada una de las áreas administrativas y financieras susceptibles de generarlos; por ello enfocamos este punto al estudio de dichas áreas. Conforme a la Ley de Obra Pública del Distrito Federal existen varias figuras y conceptos susceptibles de ser medios a través de los cuales se realicen pagos en exceso a los contratistas de obra pública.

Así, podemos distinguir por ejemplo que conforme al artículo 5 de dicho ordenamiento, la obra pública que regula es la que se realice con cargo total a fondos de la Administración Pública del Distrito Federal, aunque la reforma de marzo del 2003 precisa que es la que se realice con cargo total a recursos del presupuesto de egresos, y añade la financiada con fondos federales determinados. Por su parte el artículo 9 del mismo ordenamiento prevé que cuando son varias las convocantes, cada una responde de su parte, aún cuando compartan la planeación conjunta, pudiéndose dar la circunstancia de que si una convocante es responsable de la planeación, programación y presupuesto y otra de la ejecución, cada una responde en su ámbito. Es determinante que en las circunstancias que describen los dos preceptos legales citados anteriormente, haya un orden y control estricto de los recursos y una vigilancia real y permanente de su aplicación, para que las responsabilidades de las convocantes siempre estén claras y al día.

Si hay una estricta aplicación de los recursos y presupuesto para la obra pública, las posibilidades de hacer pagos indebidos o en exceso a los contratistas serán menores. Así por ejemplo, de la fracción XI del artículo 17 de la ley local se desprende que una de las obligaciones de las convocantes en programación y presupuesto es considerar los precios del mercado para trabajos contratados y los costos de recursos, materiales, maquinaria, equipos y personal para los no contratados; es decir para los que la misma dependencia haga por su cuenta. De esta obligación depende en buena medida que la contratante, por un error en el costo real de mercado del bien o servicio, no realice pagos indebidos al contratista o proveedor. Al respecto es también determinante la participación de las

Secretarías de Obras, de la Contraloría y de Finanzas, pues conforme al artículo 14 del mismo ordenamiento, tales dependencias tienen la facultad de intervenir en la verificación de precios, investigaciones de mercado y control de calidad, cotejando entre ellas los resultados de sus trabajos en esas áreas. Sin embargo la ley no establece ningún vínculo entre ésta facultad de las Secretarías mencionadas y la obligación de las contratantes en considerar los precios del mercado, siendo esta omisión trascendental toda vez que según el artículo 32 de la ley local, la Contraloría podrá anular la adjudicación, y conforme a la fracción I del artículo 43 del mismo ordenamiento, se desprende que una de las causales para dicha anulación es precisamente que *"...los precios de los conceptos mas importantes no correspondan a los del mercado."* Finalmente recordemos que conforme al artículo 32 ya citado, para el caso de que la Contraloría declare la nulidad de la adjudicación, la convocante respectiva reembolsará a los concursantes los gastos en que hayan incurrido, siempre y cuando sean comprobados, justificados y relacionados con el procedimiento de adjudicación. Es precisamente esto último una de las áreas mas susceptibles de generar pagos indebidos o en exceso, pues si no hay procedimientos claros y prácticos de la comprobación, justificación y relación de los gastos que los concursantes aleguen haber hecho en la adjudicación, la Administración estará en riesgo de hacer pagos erróneamente; y mas aún si dichos procedimientos no son vigilados para su correcta aplicación y substanciación.

Otro aspecto de la adjudicación susceptible de generar pagos en exceso, es el que se desprende del artículo 47 fracción III tercer párrafo de la ley local, según el cual, el ganador del concurso queda liberado de la obligación de iniciar la ejecución si la contratante injustificadamente no firma en tiempo el contrato, en cuyo caso deberá liberar la garantía de sostenimiento de propuesta y cubrir los gastos no recuperables que el concursante hubiere realizado para preparar y elaborar su propuesta. Al igual que en el caso de la anulación de la adjudicación por la Contraloría, aquí también el pago de estos gastos es otra de las circunstancias susceptibles de generar pagos en exceso, si no se aplica

estrictamente un procedimiento de comprobación, justificación y relación directa de dichos gastos con el concurso respectivo, que el mismo precepto establece como requisitos para que se deban cubrir tales gastos; debiendo acreditar también el concursante que efectivamente tienen la naturaleza de no recuperables.

Para prevenir los riesgos y las circunstancias susceptibles de generar pagos en exceso es importante observar el cumplimiento de los casos en que la adjudicación no se aplica legalmente conforme al artículo 43 del ordenamiento local, pues tal precepto prohíbe la adjudicación cuando en las propuestas los precios de conceptos importantes no correspondan a los del mercado, o si en los servicios relacionados con la obra no hay congruencia entre los recursos ofrecidos en la propuesta técnica con los costos o precios de la económica. De manera que si la adjudicación se otorga aún cuando se presenten estas dos causas de su improcedencia, la misma contratante estaría generando las circunstancias favorables para producir pagos en exceso, puesto que si los conceptos de la ejecución de la obra se van a pagar en un precio que no es el del mercado, presumiéndose que tal precio sería mayor que el del mercado, hay un desajuste y fuga en el presupuesto que evidentemente tiene la naturaleza de un pago en exceso.

Creemos que no sólo se trata de evitar los pagos en exceso, sino también prevenir y evitar las condiciones que los hacen posible. Así por ejemplo desde la misma convocatoria o bases de licitación se pueden establecer algunas reglas para dicha prevención. Según el artículo 28 de la ley local sobre obra pública, la convocatoria debe contener los porcentajes a otorgar por anticipos y criterios para adjudicar el contrato; y conforme al artículo 29 de la misma ley, en las bases de licitación se debe establecer claramente el origen de los fondos y el importe autorizado para el primer ejercicio del contrato, si éste rebasa un ejercicio presupuestal. Igualmente dichas bases deben contener la forma y términos de pago de trabajos y anticipos, los porcentajes y ajustes de costos en contrato a precios unitarios, y las condiciones de precio y pago en contratos a precio alzado.

Tanto la convocatoria como las bases de licitación deben poner especial atención en cada uno de los puntos señalados anteriormente como parte de su contenido, de manera que no deben ser en lo mínimo superficiales, sino lo mas explícitos posible, sin dejar duda o laguna alguna, estableciendo incluso los procedimientos necesarios para lograr tal propósito.

También al verificar y evaluar las propuestas de los concursantes se pueden prevenir las condiciones susceptibles de generar pagos en exceso. Dicha evaluación en la ley local se rige por un procedimiento mas o menos completo establecido en los artículos 40 y 41 de tal ordenamiento. Así por ejemplo, tales preceptos establecen que al evaluar las propuestas se deben verificar los precios de insumos acordes con el mercado, la calidad de los materiales, la congruencia entre el programa, los rendimientos y el volumen de construcción, en obra pública; el costo del mantenimiento, conservación y operación, en los proyectos; el análisis y cálculo de precios unitarios de conceptos o actividades conforme a la normatividad del gobierno, así como el costo y salarios de personal propuesto. También se debe verificar en las propuestas los precios de insumos para ejecución, estudios e investigaciones, conforme al mercado; el análisis para determinar flujo de efectivo y rentabilidad del mismo. Si la evaluación de las propuestas se hace poniendo el acento en todas estas verificaciones, la Administración se ahorrará muchos riesgos de hacer pagos indebidos.

Vemos pues que en la ley local de obra pública existen varias **figuras susceptibles de generar o determinar pagos en exceso**, entre las que destacan, además de las ya señaladas, los anticipos, relacionados con ajuste de costos, gastos financieros y estimaciones; así mismo destacan la residencia de supervisión, terminación de trabajos y responsabilidades del contratista. Casi todas estas figuras se prevén como contenido mínimo del contrato, cuyo modelo se encuentra mas detallado en el reglamento de la citada ley local. En efecto, el artículo 55 de dicho reglamento dice que las condiciones específicas de cada contrato se establecerán en función de las particularidades del trabajo, pero que

los modelos genéricos por tipo de trabajo y características de contratación, los dará a conocer la Secretaría de Obras con el contenido mínimo legal, destacando en éste la autorización de la inversión con la aclaración de la partida presupuestal que se afectará; los porcentajes, número y fechas de entrega y amortización de anticipos para iniciar trabajos o comprar o producir materiales; la forma y términos de garantizar inversión de tales anticipos; cumplimiento de contrato y convenios, atendiendo a la Secretaría de Finanzas en la justificación de anticipos no amortizados, con los que se debió haber comprado insumos a utilizar en los trabajos; los plazos, forma y lugar de pago de estimaciones de trabajos ejecutados, de ajustes de costos pactados, precisando la fecha de corte en estimaciones; el concepto de ajuste de costos definido como opción desde las bases del concurso, estipulado en el contrato y adoptado mediante procedimiento reglamentario; y los montos de retenciones por atrasos en programas de trabajo, así como de las penas convencionales por día de atraso en la entrega de partes, elementos estructurales o instalaciones de obra terminada.

De lo anterior se desprende que el contenido mínimo del contrato establecido en la ley, realmente se amplía por su reglamento abarcando casi la totalidad de las áreas ya citadas como susceptibles de generar pagos en exceso. Por ello, hecha la adjudicación debe ponerse especial cuidado en este contenido del contrato, establecido por los artículos 46 del ordenamiento local y 55 de su reglamento; pero precisemos aún mas estos y otros aspectos que en nuestra opinión también son susceptibles de generar pagos en exceso, si en el contrato no se detallan lo suficientemente como para que no queden dudas o lagunas que permitan tal susceptibilidad:

1º.- Precio a pagar por los trabajos, determinado por la fracción II del artículo 46 de la ley local, por lo que habría que agregar que en el contrato deberá detallarse cuales son esos trabajos y cuales los precios del mercado, lo cual es congruente con los requisitos de la adjudicación que ya se vieron anteriormente. Por su parte el artículo 2º del citado reglamento en su fracción XIV define el precio alzado como

la "remuneración o pago total fijo que debe cubrirse al contratista por el trabajo totalmente terminando"; al precio unitario lo define en su fracción XV como "remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por unidad de concepto de trabajo terminado"; y la utilidad la define como "cantidad en dinero que comprende la percepción bruta considerada en el precio unitario, dentro de la cual se incluyen los impuestos, participaciones a los trabajadores, aportaciones a instituciones y utilidad neta del contratista, considerada por un participante en una propuesta o la establecida en el contrato".

2º Anticipos.- La fracción IV del artículo 46 de la ley local establece, que el contrato debe contener el porcentaje de los anticipos que se vayan a otorgar para iniciar los trabajos y comprar o producir los materiales. Lo esencial en ésta circunstancia legal para prevenir o evitar situaciones favorables a los pagos en exceso, es primeramente vigilar que efectivamente se aplique el porcentaje de los anticipos que establece la ley, así como que el contenido del contrato deberá ser respaldado por una justificación y por lo dispuesto en las reglas establecidas en el artículo 49 de la ley local que se ha venido citando. Tal precepto establece que los anticipos se pondrán a disposición del contratista antes de iniciar los trabajos y que su atraso difiere en igual plazo la ejecución, pudiendo el contratista sin embargo iniciar la obra o los servicios relacionados por su voluntad y riesgo. Es en este punto donde el precepto citado genera confusión y hace posible su aplicación discrecional, en particular su inciso b de la fracción I, la cual enumera los casos en que la ejecución se difiere por el atraso en la entrega de los anticipos, y que textualmente dice " b.) En el caso de servicios relacionados con la obra pública, en igual plazo el programa de ejecución pactado; el contratista podrá iniciar los servicios en la fecha de inicio programada por su voluntad y riesgo, excepto servicios de supervisión en que se ajustará al programa de obra a supervisar y, si por este motivo incurre en gastos financieros, le serán cubiertos;"

La confusión estriba en la segunda parte del texto, ya que no queda claro si el motivo por el cual el contratista incurre en gastos financieros es la facultad del

mismo para iniciar servicios por su voluntad y riesgo, o si tal motivo es la excepción de servicios de supervisión, que pese a ser también confusa nos inclinamos a interpretar que la misma se refiere a que tales servicios el contratista no podrá iniciarlos por su voluntad y riesgo. Creemos que en cualquiera de los dos casos no tiene sustento ni lógica la obligación de la contratante para pagar al contratista los gastos financieros, además de que tal pago carece de certeza jurídica, puesto que como está actualmente la redacción del precepto, se deja a la discrecionalidad de la contratante conceptuar tales gastos y decidir sobre su procedencia sin una conducción legal determinada; y ello también porque el precepto tampoco define cuales son esos gastos financieros y cuales los requisitos de procedencia en su pago. Al respecto la fracción I del artículo 37 del reglamento de la ley local dice que el atraso en la entrega de anticipos subsecuentes al del primer ejercicio, no causará diferimiento.

Otro caso en que la contratante deberá pagar gastos financieros al contratista es el previsto por el artículo 55 de la ley local, según el cual, tal pago lo deberá hacer la contratante al contratista cuando aquella no cumpla con los pagos de estimaciones y ajuste de costos. En ambos casos esta obligación de la contratante para cubrir esos gastos financieros, además de ser una circunstancia propicia para generar pagos en exceso, genera también una acción al contratista para reclamar los gastos y por tanto hay que valorar la lógica y pertinencia de mantener esa posibilidad y obligación de la Administración, puesto que al menos el artículo 49 de la ley local, citado ya en el párrafo anterior, establece que en el caso concreto se trata de cuando el contratista inicia las obras o servicios por su cuenta y riesgo. En todo caso resulta necesario que en alguno de los preceptos se defina a los gastos financieros a que se refieren y establezca el procedimiento a que deberá sujetarse la contratante y el contratista para dar certeza de que tales gastos se realizaron precisamente a propósito de los servicios o la obra que el contratista esté iniciando.

El reglamento de la ley local sólo menciona los gastos no recuperables que son diferentes a los financieros, aunque ambos la Administración los debe pagar al contratista, pero veamos como define a los primeros tal reglamento en su artículo 2º fracción VII: *“erogaciones que realiza el concursante y que no recupera cuando es suspendido el procedimiento, o las que efectúa en el periodo de ejecución y que por desviaciones en el proceso o ejecución pactada imputables a la Administración, inducen a una reducción en el monto previsto, por lo que el contratista no los puede recuperar a través del precio contractual”*.

Finalmente respecto de los anticipos destacan su entrega y amortización como circunstancias favorables para generar pagos en exceso. En cuanto a la primera circunstancia, en decir su entrega, el artículo 37 fracciones II, III y IV del reglamento establece que su **porcentaje y entrega** se determinaran conforme a las siguientes reglas:

1ª.- Se podrá otorgar hasta un 10 % de la asignación presupuestal aprobada en el primer ejercicio para el contrato, como anticipo para que el contratista construya sus oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones, así como traslado de personal, maquinaria y equipo de construcción o científico necesario

2ª.- Si el porcentaje anterior del 10 % no es suficiente para el inicio, se podrá otorgar uno adicional para el mismo objetivo, si los trabajos se van a desarrollar en varios ejercicios; y se cuantificará sobre los montos a ejercer de los siguientes ejercicios, estudiando la posibilidad de otorgarlo al principio de la obra o al inicio de cada ejercicio.

En los casos de éstas dos primeras reglas la Administración deberá evaluar lo que el contratista requiera para el inicio de trabajos.

3ª.- Además del anticipo anterior se podrá otorgar otro hasta de un 20 % de la asignación aprobada al contrato para cada uno de los ejercicios, para la compra o producción de materiales de construcción, adquisición de equipos que se instalen permanentemente en una obra o proyecto integral, y demás insumos requeridos para su construcción.

4.- Este Porcentaje podrá ser mayor, si las condiciones de los trabajos, a desarrollar lo requieren, con autorización del titular de la dependencia, entidad u órgano desconcentrado, o de la persona a quien haya delegado tal facultad, previa expedición de los acuerdos delegatorios correspondientes del Jefe de Gobierno y solicitud respectiva acompañada del dictamen completo que justifique esa necesidad.

5.- En todos los casos la Administración evaluará previamente los importes probables del costo de los materiales, monto de los trabajos y la compra de equipos para el caso de un porcentaje mayor, todo ello a fin de estimar el porcentaje definitivo.

6.- Se podrán otorgar para convenios modificatorios o especiales hasta por un 20 % de sus montos, pero no se otorgarán para importes resultantes de los ajustes de costos.

Respecto a la **amortización de los anticipos** la fracción III del artículo 49 de la ley local establece que cuando dicha amortización es por rescisión, el saldo por amortizar se debe reintegrar a la contratante en 20 días hábiles a la rescisión, y que si el contratista no lo hace deberá cubrir cargos conforme a la tasa y procedimiento establecido en el artículo 55 del mismo ordenamiento. Por su parte el artículo 38 del reglamento de la ley local establece que para tal amortización debe considerarse:

1.- La amortización se efectúa proporcionalmente *con cargo a cada una de las estimaciones por trabajos ejecutados, y cualquier faltante por amortizar se liquidará al final de los trabajos o de cada ejercicio en su caso.*

2.- *En anticipos para comprar o fabricar materiales o adquirir equipo permanente, el porcentaje de su amortización será igual en cada estimación al del anticipo otorgado.*

3.- *En amortización de anticipos por rescisión a causa del contratista, éste reintegrará a la Administración Pública el faltante de amortizar en hasta veinte días hábiles a partir de que le sea comunicada tal rescisión.*

4.- Pero si la rescisión es por causa de la Administración, ésta reconocerá como parte de la amortización los materiales que el contratista aun no haya usado en obra, y los que estén en construcción o adquisición.

5.- Si un saldo por amortizar se regresa en dinero, éste será actualizado a la fecha de reintegro con los intereses legales, de lo contrario el contratista debe pagar gastos financieros calculados sobre el saldo no amortizado y computados por días calendario desde que se venció el plazo hasta la fecha en que se ponga la cantidad a disposición de la contratante.

6.- La Administración debe contabilizar expresamente las cantidades amortizadas, las que así debieran tenerse y la diferencia entre ambas, para conocer el saldo por amortizar.

7.- Si en obra de varios ejercicios el contratista demuestra y justifica que tiene invertidos los anticipos, podrá no amortizar si la Contraloría inspecciona al respecto.

3º.- Estimaciones.- Además del precio y los anticipos, un tercer aspecto del contenido mínimo del contrato susceptible de generar pagos en exceso, establecido en la fracción VI del artículo 46 de la ley local, es el pago de las estimaciones de los trabajos ejecutados, que según el artículo 52 del mismo ordenamiento, deberá presentarlas el contratista mensualmente a la contratante, acreditando la procedencia de su pago, debiendo la contratante fijar fecha de corte, y pagarlas en hasta veinte días hábiles a su autorización por la Residencia de Supervisión, pues el mismo precepto señala que es ésta instancia la que autoriza dichas estimaciones, y las diferencias surgidas en su revisión no resueltas, se incorporan conciliadas en estimación siguiente.

Recordemos que cuando la contratante no paga estas estimaciones es cuando la contratista tiene la acción de reclamación del pago de gastos financieros, según ya vimos en el punto anterior. Por su parte el artículo 55 del mismo ordenamiento prevé que cuando no se paguen dichas estimaciones, la contratante deberá pagar los gastos financieros a la contratista, según se vio ya en

el punto que se refiere a los anticipos. Al respecto el artículo 59 del reglamento del citado ordenamiento local precisa que el contratista debe presentar las estimaciones en fechas de corte fijadas en el contrato, y que de no hacerlo se le apliquen penas contractuales. Así mismo tal precepto precisa que dichas estimaciones comprenderán los trabajos realizados hasta la fecha de corte que fije la Administración Pública; y que con ellas el contratista debe entregar a la residencia de supervisión externa o interna, la documentación de soporte en cuatro días hábiles al corte, y en otros 5 tal residencia debe revisar, y en su caso, aprobar la estimación. Agrega tal precepto en su fracción II que si hubiera diferencias técnicas o numéricas, en dos días hábiles a la revisión señalada, las partes tratarán de conciliarlas para incluirlas en la estimación por aprobar, pero si ello no fuera posible tales diferencias se podrán incorporar en la siguiente estimación.

Para controlar el procedimiento de presentación y cobro de estimaciones debe elaborarse hoja de seguimiento con tiempos, responsables y firmas, entregando una copia al contratista, otra al supervisor de los trabajos y una mas al residente de obra de la Administración Pública. Finalmente respecto de las estimaciones por trabajos ejecutados, el artículo 60 del reglamento ya citado precisa que serán independientes entre sí y no podrán correlacionarse para efectos de pago, por lo que cualquier tipificación o secuencia entre ellas sólo tendrá efecto de control administrativo.

4°.- Ajuste de costos.- Un cuarto aspecto del contenido mínimo del contrato, determinado desde las bases, según lo establece la fracción IX del artículo 46 de la ley local y que es susceptible de generar pagos en exceso, es el pago del ajuste de costos, que conforme al artículo 54 del mismo ordenamiento, se aplica en trabajos ejecutados y en los no ejecutados. El de los primeros está precedido por su revisión, que según al artículo 53 de la ley local se aplica conforme al contrato, si en la ejecución de trabajos concurren circunstancias económicas no previstas que determinen aumento o reducción de los costos; y conforme al último párrafo

del artículo 54 del mismo ordenamiento este ajuste de costos en trabajos ejecutados se aplica conforme a las estimaciones, cuyo pago será hecho por la contratante en 30 días hábiles a su resolución de aumento o reducción; y en éste último caso de ajuste por decremento, el descuento se hará en la siguiente estimación.

En cuanto al ajuste de costos en trabajos no ejecutados, se aplica a partir de la apertura de la propuesta técnica, y su incremento o decremento se calcula según variaciones en los índices de Contraloría o del Banco de México; o en su defecto, se calculan con base en los precios que investigue la misma contratante con lineamientos y método de la Secretaría de Obras. Y para el caso de que la no ejecución sea por un atraso imputable al contratista, el ajuste se aplica en obra que debiera estar pendiente conforme el programa original. Al respecto el artículo 2º del reglamento de la ley local define el ajuste de costos como *“...la determinación de la variación del costo que se presenta en los montos faltantes de ejecutar de un trabajo que se encuentra en programa, durante el ejercicio de un contrato y que se aplica a las estimaciones afectadas por el incremento o decremento en el costo de los insumos.”* Y el artículo 65 del mismo ordenamiento precisa que para este ajuste de costos por variaciones económicas, se tomaran en cuenta los índices nacionales de precios publicados por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (hoy de la Función Pública) o Banco de México, o realizando mercadeo directo con método, bases y lineamientos propios de la Administración. Igualmente tal precepto establece que el contratista solicitará el ajuste de costos hasta en 40 días hábiles a la publicación de los índices, o no podrá cobrar el ajuste respectivo; precisando el mismo precepto que este ajuste se realizará mediante cualesquiera de los tres procedimientos que allí se describen.

5º.- Residencia de supervisión.- Un quinto aspecto del contrato susceptible de generar pagos en exceso es la Residencia de Supervisión que, según los artículos 50 de la ley local y 61 de su reglamento, antes de iniciar obra, proyecto integral o servicio que la requiera, la establece la contratante para la ejecución, supervisión,

vigilancia, control, revisión y valuación de trabajos y aprobación de estimaciones del contratista. Si esta Residencia de Supervisión es realizada por contrato, las estimaciones para pago son autorizadas por la residencia de obra de la contratante. Por reforma de marzo del 2003 se precisó que en supervisión por contrato, las estimaciones aprobadas por la residencia de obra de la contratante, son presentadas por la supervisora, previa verificación de la existencia física de la obra o servicios contratados, y de la presentación de documentos que acrediten la procedencia del pago, sin perjuicio de las demás funciones reglamentarias de la residencia de obra.

Por su parte el artículo 62 del citado reglamento establece que esta residencia representa a la Administración ante contratistas y terceros en el lugar donde se ejecuten las obras, nombrando aquella al residente de supervisión, quien tendrá las siguientes funciones mínimas:

1ª.- Llevar una bitácora de la relación entre contratista y residencia de supervisión, y otra de la relación entre la propia supervisión y residencia de obra de la Administración.

2ª.- Verificar que los trabajos a supervisar se realicen conforme a:

- a.- Lo pactado en los contratos.
- b.- Lo acordado por las partes en materia de ajuste de costos
- c.- Los convenios y órdenes de la residencia de obra de la Administración.
- d.- Los oficios notificados, atendiendo su alcance de referencia o específico.

3ª.- Conjuntamente con la superintendencia de construcción del contratista, revisar, conciliar, aprobar, avalar y firmar estimaciones de trabajos ejecutados, para su autorización y trámite de pago por la residencia de obra de la Administración.

4ª.-Supervisar permanentemente las obras para que planos y especificaciones de trabajos estén actualizados en los expedientes; para cuando sucedan cambios durante la ejecución de trabajos.

5ª.- Constatar terminación de etapas intermedia y final de trabajos.

6ª.- Informar mensualmente a la residencia de obra de la Administración:

- a.- Sobre el cumplimiento del contratista, en los aspectos legales, técnicos, económicos, de programación, financieros y administrativos.
- b.- Cuando sea necesario, para eventos excepcionales, de acuerdo con lo establecido en el libro 9 de las Normas de Construcción del Gobierno del Distrito Federal.
- c.- Sobre cumplimiento de programas, calidad de los trabajos ejecutados y situaciones en general importantes surgidas durante la realización de los mismos.

6°.- Terminación.- En cuanto a la terminación de los trabajos el artículo 64 del reglamento de la ley local establece que la Administración deberá constatarla *en términos contractuales y los recibirá, previa entrega de fianza sobre vicios ocultos, defectos u otras responsabilidades, mediante acta de recepción que contenga descripción de los trabajos que se reciben, fecha real de su terminación y monto de estimaciones o gastos aprobados hasta el momento de la recepción.* Según el artículo 57 de la ley local, **la liquidación** de la obra se podrá efectuar hasta cien días hábiles después de la recepción de trabajos, (cuya acta será levantada por la contratante) y para esos efectos la contratante notificará anticipadamente al contratista; y si ambas partes no pueden acordarla, la contratante la realiza unilateralmente. El artículo 2 del reglamento de dicha ley define la liquidación como *“acto que consiste en cerrar la contabilidad por lo que hace a importes de pago por trabajos realizados en contratos a base de precio alzado, conceptos de trabajo en contratos a base de precios unitarios o actividades en el caso de proyectos integrales, los trabajos extraordinarios resultantes del cambio de conceptos en el catálogo del concurso y aquellas variaciones de programación surgidas en su caso y modificaciones a importes por precisiones en cantidades de obra ejecutados, para determinar el saldo a favor de quien corresponda o por diferencias de importes entre estimaciones entregadas y los resultados que arrojen los números generadores y los trabajos comprometidos con sus variaciones y ajustes legales realizados”.* Conforme al ya citado artículo 57 de la ley local, **el finiquito** se realiza hasta en 20 días hábiles a la liquidación; y si el

contratista no se presenta a finiquitar, la contratante le requiere por escrito a que lo haga en otros 20 días, y si no lo hace la contratante finiquita unilateralmente. Por su parte el artículo 2 del reglamento de la ley local define el finiquito como un *“procedimiento jurídico-administrativo consistente en integrar el expediente de la obra pública terminada referente a un contrato, más los documentos que se anexaron durante la operación del mismo”*.

La rescisión, suspensión o terminación anticipada, conforme al tercer párrafo del artículo 27 de la ley local, se pueden dar por causas imputables a la contratante, en cuyo caso ésta pagará gastos no recuperables al contratista; pero si se da por causas imputables a éste, el mismo pagará a la contratante sobrecostos de la obra faltante de ejecutar. Conforme al artículo 71 del reglamento de la ley local los facultados para decretar la suspensión, terminación anticipada y rescisión administrativa de los contratos de obra pública, son los titulares de las entidades, dependencias y órganos desconcentrados, ajustándose a lo siguiente:

La suspensión por cualquiera de las partes sólo podrá darse por causas de interés general, caso fortuito y fuerza mayor, emitiendo dictamen que la sustente; si es por cuenta de la Administración, ésta la comunicará por escrito a los contratistas, levantando acta circunstanciada en que conste estado de los trabajos en ese momento; si es por cuenta del contratista, éste dará aviso de inmediato a la Administración, para que en 20 días hábiles resuelva su procedencia, avisando al contratista y tratando de solucionar causas de la suspensión. Desaparecidas éstas, las partes podrán celebrar convenio para reprogramar trabajos si procede legalmente, levantando acta circunstanciada en que conste estado de los trabajos.

La terminación anticipada de los contratos de obra pública sólo procederá por caso fortuito o fuerza mayor, y cuando la Administración Pública lo considere conveniente a sus intereses o al interés general, comunicándolo al contratista para que interrumpa los trabajos y acuda a finiquitar el contrato, cobrando los trabajos

efectuados, gastos no recuperables, materiales y equipos adquiridos en bodega o en proceso de fabricación y demás conceptos debidamente comprobados y relacionados con el contrato. Los contratistas sólo podrán solicitar esta terminación anticipada cuando previamente hubiere existido una suspensión justificada, y la Administración le resolverá en 20 días hábiles; y si tuviere anticipos pendientes de amortizar, deberá reintegrarlos a la Administración.

En la rescisión administrativa del contrato por causas imputables al contratista, la Administración notificará a éste el inicio del procedimiento, otorgándole 10 días hábiles para que se manifieste, e instrumentará acta circunstanciada del estado de la obra, de la que tomará posesión inmediata si la rescisión se decreta definitiva. La Administración hará efectivas las garantías absteniéndose de cubrir importes resultantes de trabajos ejecutados no pagados, hasta que se integre la liquidación correspondiente, a efectuarse en treinta días hábiles siguientes a la notificación de la rescisión. El finiquito correspondiente a dicha liquidación tomará en cuenta materiales y equipos adquiridos o en proceso de fabricación, anticipos faltantes de amortizar, sobre costo de trabajos no ejecutados, recuperación de materiales y equipos, que en su caso, le hayan sido entregados a la Administración.

Por su parte el artículo 72 del citado reglamento establece que en todos los casos de suspensión, terminación anticipada y rescisión administrativa, la Administración debe emitir resolución fundada y motivada señalando sus causas, comunicándolo a los contratistas; y avisando a la Secretaría de Finanzas (sólo rescisión) y Contraloría General; todo ello sin perjuicio de que los contratistas se inconformen legalmente ante autoridad competente. Por su parte el artículo 74 del mismo reglamento establece que en torno a la terminación de los trabajos, la liquidación y el finiquito son acciones que corresponden a etapas diferentes y que en algunos casos, según programa de entrega-recepción, ésta podrá planearse para que sea posterior o anterior a la liquidación, dejándose siempre el acto de finiquito para el final. Para tal efecto los contratistas avisarán la terminación diez

días hábiles antes de la misma, entregando con la solicitud de recepción de obra, la garantía de vicios ocultos, defectos y otras responsabilidades contractuales; debiendo garantizar tal responsabilidad, según el artículo 58 de la ley local, durante un año después de la recepción, con el 10 % del total ejercido en la obra, o con ajuste de la garantía de cumplimiento presentada durante la licitación en el mismo porcentaje. Agrega dicho precepto que en proyecto integral, plantas industriales y equipos especializados, la garantía cubrirá al menos 25 % de su vida útil.

Por su parte el artículo 59 de la citada ley local establece que el contratista es el único responsable de la ejecución de trabajos en términos contractuales, sujetándose a reglamentos, normas técnicas y ordenamientos en construcción, seguridad y uso de vía pública, y a disposiciones de la contratante; y que de lo contrario, por su inobservancia a lo anterior, según reforma de marzo del 2003 al artículo 47 del mismo ordenamiento, el contratista responderá por daños y perjuicios a terceros, cuya garantía respectiva mediante póliza y contrato de seguro de responsabilidad civil por daños, deberá presentar en 5 días a la firma del contrato.

4.4. OBLIGACIÓN DE REINTEGRAR LOS PAGOS EN EXCESO.

A lo establecido en el punto 4.1 de este capítulo sólo queremos agregar que en la ley local, ésta obligación de pago aparece como una forma de reintegrar pagos en exceso a cargo del contratista, y la cual deberá contenerse en el contrato respectivo, de acuerdo con la fracción VIII del artículo 46 de dicho ordenamiento; y relacionando éste último precepto con el artículo 55 del mismo ordenamiento, se desprende que dicha reintegración de los pagos en exceso es obligatoria. Pero consideramos que la forma de reintegrar los pagos en exceso establecida en los preceptos citados no es un procedimiento, ya que conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 55 de la citada ley, sólo contiene dos aspectos de esta obligación del contratista:

- a.- Reintegrar los pagos en exceso con intereses conforme a una tasa igual a la de la ley de ingresos local para prórroga en pago de créditos fiscales.
- b.- Tales intereses o cargos se calcularán sobre lo pagado en cada caso, y se computan por días calendario desde el pago hasta la disposición efectiva a favor de la contratante.

Por lo anterior proponemos que la obligación de reintegrar los pagos en exceso se tenga legalmente desde el momento en que se haya hecho el pago, aunque ese momento se determine después.

4.5. LO QUE ALGUNAS LEGISLACIONES ESTABLECEN AL RESPECTO.

4.5.1. LEY DE OBRAS PÚBLICAS DEL DISTRITO FEDERAL Y SU REGLAMENTO.

Aunque, como ya se dijo en el punto anterior, la fracción VIII del artículo 46 de este ordenamiento establece, dentro del contenido mínimo de los contratos de obra pública, una cláusula o declaración que se refiera a *la forma en que el contratista, reintegrará cantidades que hubiera recibido en exceso*, existen otros elementos de este contenido mínimo que aunque no son propiamente una forma del reintegro en cuestión, sí constituyen elementos que la enriquecen o en buena medida la determinan. Estos elementos se encuentran en otras fracciones del mismo precepto, tales como la II, que establece como contenido del contrato el precio a pagar por los trabajos objeto del mismo; la IV, que incluye el porcentaje de anticipos para inicio de trabajos y compra o producción de materiales; o la VI, que establece que el contrato deberá contener los plazos, forma y lugar de pago de estimaciones de trabajos ejecutados y de ajuste de costos, con las condiciones y procedimiento de éste, excepto si se trata de precio alzado, agrega la IX.

Por su parte el primer párrafo del artículo 55 de la ley local, para el caso de que la Administración no pague estimaciones o ajuste de costos al contratista, esboza un procedimiento para que a solicitud de éste, le pague gastos financieros

conforme a una tasa igual a la de la Ley de Ingresos del Distrito Federal en casos de prórroga para pagar créditos fiscales; calculando dichos gastos sobre las cantidades no pagadas, y computándolos por días calendario desde que se venció el plazo, hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición del contratista. Mencionamos lo anterior como un referente a lo que la ley de la materia establece respecto a los procedimientos de pago de cantidades debidas al contratista, lo cual puede servir de guía comparativa para establecer un procedimiento de pago de cantidades debidas a la Administración, y en particular los pagos en exceso, que es la materia de este estudio. Precisamente al respeto y reiterando lo dicho en el anterior punto 4.4, diremos que el segundo párrafo del artículo 55 ya citado, esboza la forma para reintegrar pagos en exceso que el contratista hubiera recibido de la contratante, pero tal forma no es un procedimiento en virtud de que sólo enuncia dos reglas generales del mismo: que el contratista deberá reintegrar tales pagos en exceso con intereses conforme a una tasa igual a la establecida por la ley de ingresos en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales; y que tales intereses se calculan sobre lo pagado en cada caso, y se computan por días calendario desde el pago hasta la disposición efectiva a favor de la contratante. Es decir que entre mas se tarde el contratista en reintegrar los pagos en exceso que hubiera recibido, mas intereses deberá cubrir a la contratante. Sin embargo, el problema consiste en que realmente no existe el procedimiento para dicho reintegro, lo cual es el tema de este estudio, y que se desglosará en el punto 4.6 de este capítulo.

El reglamento de esta ley local tampoco establece procedimiento alguno para reintegrar pagos en exceso hechos al contratista, pues sólo agrega en su artículo 58 que *"...los intereses por concepto de pagos en exceso dados al contratista, deberán de entregarse a la unidad administrativa correspondiente de la dependencia, u órgano desconcentrado, para que a su vez los enteren a la Secretaría de Finanzas, en el caso de las entidades el reintegro se hará a la unidad administrativa que corresponda."*

4.5.2. LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS Y SU REGLAMENTO.

Esta ley es la antecesora de las leyes de obra pública federal y local actualmente en vigor, por lo cual su contenido respecto del procedimiento para reintegrar pagos en exceso hechos al contratista, es similar al ya descrito en el punto anterior. Su artículo 61, equivalente al 46 de la ley local, establece como contenido mínimo de los contratos de obra pública, declaraciones y estipulaciones referentes al precio de los trabajos; porcentaje, número y fecha de exhibiciones y amortización de anticipos para iniciar trabajos y comprar o producir materiales; forma y términos de garantizar inversión de anticipos; plazos, forma y lugar de pago de estimaciones de trabajos ejecutados y ajuste de costos; y forma en que el contratista reintegrará cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso para la contratación o durante la ejecución de la obra, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 69: *"Tratándose de pagos en exceso que haya recibido el contratista, éste deberá reintegrar las cantidades pagadas en exceso, más los intereses correspondientes, conforme a una tasa que será igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales. Los cargos se calcularán sobre las cantidades pagadas en exceso en cada caso y se computarán por días calendario desde la fecha del pago hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición de la dependencia o entidad. Lo previsto en este artículo deberá pactarse en los contratos respectivos."*

El primer párrafo de éste precepto establece, al igual que su equivalente del artículo 55 de la ley local, el esbozo de un procedimiento para que la Administración pague al contratista gastos financieros por incumplimiento en los pagos de estimaciones y ajuste de costos, *"...conforme a una tasa que será igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales. Dichos gastos se calcularán sobre las cantidades no pagadas y se computarán por días calendario desde que se venció el plazo, hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición del*

contratista.” En cuanto al reglamento de esta ley federal sobre obra pública, éste nunca se expidió porque en sus transitorios nunca se estableció un plazo para ello.

4.5.3. LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS Y SU REGLAMENTO.

Esta es la ley federal vigente en la materia que, respecto del procedimiento para reintegrar pagos en exceso a cargo del contratista y a favor de la Administración, establece lo mismo que la ley local en el Distrito Federal, posiblemente porque las dos derivan de la misma ley federal vista en el punto anterior. Incluso son los mismos numerales de la ley local los de sus preceptos que contienen lo referente al contenido y procedimiento para pagar gastos financieros al contratista y pagos en exceso a la administración. Así tenemos que en esta ley federal es también el artículo 46 el que establece el contenido mínimo del contrato, abarcando los demás elementos de dicho contenido tales como el precio de los trabajos, el porcentaje de anticipos, el pago de estimaciones de trabajos ejecutados y de ajuste de costos. Pero en particular es la fracción IX de este precepto la que esboza en los mismos términos que la ley local, la forma de pagar las cantidades en exceso a la Administración, aunque en éste caso, a diferencia de la ley local, si precisa que deberá utilizarse el procedimiento establecido en el artículo 55 del mismo ordenamiento. Esta Ley Federal agrega que *“ no se considerará pago en exceso cuando las diferencias que resulten a cargo del contratista sean compensadas en la estimación siguiente”*.

4.6. EL PROCEDIMIENTO QUE SE PROPONE.

La propuesta de procedimiento para reintegrar pagos en exceso que mas adelante se expresa, tiene el propósito de contribuir a dar forma y orden a la actuación estatal, en particular la de contratar obra pública con los particulares, concibiendo tal procedimiento como cause de dicha actuación y como instrumento de control administrativo, que resulta ser el propósito fundamental de la Administración Pública. Igualmente dicha propuesta persigue contribuir a la

distribución y ejercicio de la autoridad política a través de la estructura estatal, a fin de satisfacer necesidades generales e interés público. Tengamos presente también que es sobre la Administración Pública Centralizada que recae la mayor responsabilidad, puesto que es ella quien ejerce o delega atribuciones, actividades y recursos, y es en ella donde primordialmente se ejercitan los poderes jerárquicos de nombramiento, revisión, vigilancia, sanción, resolución y mando; para que con todo ello sea la Administración Pública Descentralizada quien, con propósitos más concretos, agilice y simplifique el poder, relacionándose más directamente con el gobernado.

Otro aspecto que debemos tener presente es el relacionado a determinar si el contrato de obra pública es o no un acto administrativo, y con ello decidir si el procedimiento que se propone debe contemplar el acto administrativo. Si a éste lo conceptuamos ya como el sustento, contenido y legitimación de la Función Administrativa, y al procedimiento lo definimos como forma y orden de dicha Función, cuyo campo de aplicación es precisamente la Actuación Administrativa, considerando a ésta como el conjunto de actos de la Administración y del administrado que le dan validez, resulta indiscutible entonces que ambas figuras están estrechamente relacionadas, donde inevitablemente el acto administrativo es parte y esencia del procedimiento administrativo.

Pero para determinar si el contrato administrativo es un acto administrativo, recordemos que al primero lo consideramos como un instrumento de utilidad pública para ejecutar obras, gestionar servicios o suministrar al Estado, con el fin de garantizar el bien colectivo e interés público; y lo ubicamos precisamente dentro de la actividad estatal, en particular la contractual. A mayor abundamiento, al contrato de obra pública lo ubicamos como un instrumento de administración eficiente y honrada de los recursos económicos estatales, lo cual se materializa en la regulación, programación, presupuestación, ejecución y conservación de la obra pública, todo ello también en interés público y para satisfacer necesidades generales.

Sin embargo una parte de la doctrina niega la posibilidad de que el contrato de obra pública sea considerado como un acto administrativo, argumentando principalmente que tal acto es una declaración unilateral dentro de la cual no cabe el contrato, pues éste es una declaración bilateral o multilateral. Pero ante la debilidad y tecnicismo de éste argumento, otra parte de la doctrina sí considera al contrato administrativo como un acto administrativo, porque a éste lo concibe en estricto sentido como una declaración unilateral pero en amplio sentido como una declaración multilateral; posición que también resulta débil, tecnicista, y ambigua como la de Gabino Fraga, quien considera que si el contrato no es un acto administrativo sí es un acto de la Administración. Podemos ver que ambas posiciones sufren de ambigüedad y falta de solidez, y en consecuencia ninguna prevalece porque se limitan solamente a la naturaleza de la declaración unilateral o multilateral que respectivamente atribuyen al acto administrativo. Ante las anteriores consideraciones nosotros asumimos la segunda posición, en virtud principalmente de que ambas figuras, contrato y acto administrativos, producen consecuencias jurídicas, crean o transmiten derechos y obligaciones, tienen los mismos medios de extinción y los mismos antecedentes como el acto jurídico y hecho jurídico; ambos implican la validez, formación o ejecución de un acto jurídico, y ambos resultan ser un instrumento de administración de los recursos estatales.

En consecuencia, asumimos la doble definición del acto administrativo en estricto y amplio sentido, ubicando en éste último al contrato administrativo como una especie de acto administrativo. Entonces hay que precisar que, conforme a todo lo expuesto anteriormente y en los puntos respectivos de este estudio, para nosotros el contrato de obra sí es un acto administrativo en sentido amplio, es decir, como una declaración bilateral o multilateral de voluntad, con fines diferentes para cada una de las partes. Esta determinación es para tenerla presente y en consideración al observar la propuesta que mas adelante se estructura, sobre el procedimiento para reintegrar pagos en exceso en el contrato de obra pública.

Conforme al desarrollo del procedimiento administrativo que establecimos en el capítulo respectivo de este estudio, el procedimiento que proponemos abarca principalmente las etapas de instrucción, resolución y ordenación, constituyéndose la primera por las subetapas de aportación de datos, informes, pruebas, audiencia y vista; la segunda por la resolución misma y su ejecución, y la tercera por actos de impulso, dirección y constancia por parte de la Administración, caracterizándose esta última porque abarca todo el procedimiento. Igualmente tratamos de sujetar nuestra propuesta a los principios para desarrollar todo procedimiento administrativo, entre los que destacan el antiformalista con oportunidad de subsanar defectos antes de resolver, de economía para suprimir trámites inútiles, de oficiosidad para efectos de caducidad, de defensa que garantice acceso al procedimiento, a la instrucción con aportación de pruebas y alegatos, a la motivación y notificación de los actos. Pero además consideramos que el procedimiento administrativo también se rige por los principios generales del derecho, en particular los de legalidad, gratuidad, publicidad, eficiencia, economía para resolver sólo uno de sus aspectos, equidad para resolver a favor del gobernado y de igualdad de las partes en el procedimiento triangular, todo ello a fin de garantizar equilibradamente los derechos ciudadanos y el interés público.

Para el inicio del procedimiento se contempla que pueda ser de oficio o de parte, precisando que en el primer caso sólo es impugnabile tal inicio hasta que haya terminado el procedimiento, y que en el segundo, si se impugna el acto de iniciación de parte, el procedimiento pueda ser continuado de oficio. Otro aspecto que destacamos es el que se refiere a la posibilidad de nulidad de actuaciones por incumplimiento de requisitos, y finalmente proponemos las diferentes circunstancias y casos en que el procedimiento termina.

El procedimiento que proponemos implica la reforma del segundo párrafo del artículo 55 de la Ley de Obra Pública del Distrito Federal vigente, el cual, conforme al artículo 46 del mismo ordenamiento debería establecer tal procedimiento, pero que sin embargo solo enuncia una regla muy general sobre el

pago de intereses en caso de reintegrar pagos en exceso a la Administración. Por tanto proponemos que dicho párrafo diga textualmente como sigue

ARTÍCULO 55.-

Tratándose de pagos en exceso que haya recibido el contratista, éste deberá reintegrarlos a la contratante, conforme al siguiente procedimiento.

I.- La contratante deberá hacer una declaratoria de que presuntamente existe un pago en exceso realizado a un contratista, con base en recibos y documentos que acrediten el pago, pero también dicha declaratoria se podrá emitir con base en alguno de los informes sobre revisiones periódicas, que la contratante deberá realizar de sus egresos aplicados en las áreas susceptibles de generar un pago en exceso, o con base en el informe sobre la revisión de la cuenta pública realizada por la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Esta declaratoria podrá emitirse a petición de parte interesada o de oficio, y constituye el acto de iniciación del procedimiento.

II.- Tales revisiones periódicas se deberán realizar con el propósito concreto de detectar pagos en exceso al contratista, y deberán aplicarse estrictamente sobre las siguientes áreas susceptibles de generarlo: porcentajes de anticipos, origen y autorización de fondos, forma, términos y condiciones de pago, porcentaje y ajuste de costos, reembolso de gastos a concursantes cuando se anula la adjudicación, precios de trabajos y del mercado, pago de gastos financieros y no recuperables al contratista, pago de anticipos, estimaciones y ajuste de costos, actividades y responsabilidades de la residencia de supervisión, y terminación, rescisión o suspensión de trabajos.

III.- Estas revisiones de las áreas señaladas en la fracción anterior deberán realizarse anualmente al finalizar cada ejercicio fiscal, sobre los contratos de obra pública vigentes, rescindidos, suspendidos o terminados anticipada o definitivamente, siempre y cuando no se haya publicado el informe de la

Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre la revisión de la Cuenta Pública, a partir de la cual la contratante ya no realizará su revisión anual correspondiente al último ejercicio fiscal revisado por la Contaduría Mayor.

IV.- Estas revisiones anuales son responsabilidad de la contratante y deberá realizarlas mediante un equipo profesional técnico jurídico, quien deberá rendir a la autoridad competente el informe de su revisión, y estará conformado por personal especializado subordinado a la contratante, pero ajeno al personal que participe o haya participado directa o indirectamente en alguna de las etapas de la contratación de la obra, y las cuales van desde la convocatoria respectiva hasta la liquidación y el finiquito. Lo anterior a fin de garantizar la imparcialidad de dicho equipo revisor, que será dirigido y supervisado por un funcionario asignado ex profeso de la Secretaría de la Contraloría, quien también deberá reunir los mismos requisitos de los demás integrantes, a fin de garantizar su imparcialidad y profesionalismo.

V.- Hecha la declaratoria, la misma será notificada al contratista o excontratista con los documentos que acrediten el pago en exceso, o en su caso, con el informe del equipo revisor de la contratante o con el informe de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que la sustente, y a efecto de que en el término de diez días hábiles manifieste por escrito lo que a su derecho convenga. Igualmente y de la misma manera, tal declaratoria será notificada a los órganos administrativos y personas de la contratante o de otras dependencias o entidades involucradas directa o indirectamente en los hechos y actos a que se refiera dicho informe. En particular se notificará a las personas físicas o morales involucradas en el área administrativa o financiera donde el equipo revisor o la Contaduría Mayor detectó el posible pago en exceso, y todo ello a fin de que en el mismo término y forma arriba señalados, los notificados manifiesten lo que a su derecho convenga.

VI.- Recibidos los escritos de los particulares y órganos involucrados por los documentos o el informe que sustente la declaratoria, o transcurrido el término para ello, según lo establecido en la fracción anterior, la responsable que la haya emitido solicitará a órganos especializados internos y externos los informes que considere necesarios, los cuales deberán ser rendidos en un término de diez días hábiles a partir de la solicitud. Entre estos órganos especializados necesariamente deben contemplarse los respectivos comités de obra, los fiscalizadores o de contraloría.

VII.- En el escrito que presenten los notificados involucrados conforme a la fracción V anterior, deberán ofrecer las pruebas de sus afirmaciones, y si por la intervención de varios particulares el procedimiento deviene en uno triangular, tales pruebas estarán sujetas a la conformidad o disconformidad de los hechos.

VIII.- Recibidos los informes de los órganos especializados o transcurrido el término para rendirlos, la contratante que emitió la declaratoria citará a los involucrados notificados, cuyos derechos o intereses puedan ser afectados por la resolución del procedimiento, a una audiencia de desahogo de pruebas en un término no mayor de diez días hábiles.

IX.-Después de la audiencia la contratante pondrá a la vista de las partes e interesados el expediente, para que en tres días hábiles presenten sus alegatos por escrito, después de lo cual o transcurrido tal término se dictará la resolución definitiva en hasta diez días hábiles.

X.- Durante todo el procedimiento, desde la declaratoria hasta la resolución, la contratante deberá mantener vivo el procedimiento mediante actos de impulso, dirección y constancia, a fin de que el mismo no se detenga por falta de actuaciones de la contratante, de manera que ésta será la responsable durante el procedimiento de realizar siempre de oficio el siguiente trámite apenas desahogado el anterior, salvo si es alguno de los involucrados quien deberá

cumplir con un trámite para continuar con el siguiente, en cuyo caso la contratante deberá exhortarle por escrito a que lo haga, previniéndole de que se le aplicará la negativa o afirmativa ficta, según el sentido del trámite que no realice. Igualmente si es la contratante quien no realiza un trámite necesario para poder realizar el siguiente, cualquiera de los interesados podrá exhortarle a que lo haga, y si en treinta días hábiles no lo hace el procedimiento caducará, incurriendo en responsabilidad el funcionario que haya omitido el trámite.

XI.- Desde la notificación de la declaratoria y hasta antes de la resolución, el contratista o excontratista a quien presuntamente se le hizo el pago en exceso, podrá reconocer tal pago y efectuar su reintegro a la contratante, más los intereses correspondientes, conforme una tasa que será igual a la establecida por la Ley de Ingresos del Distrito Federal en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales. Los cargos se calcularán sobre las cantidades pagadas en exceso en cada caso, y se computarán por días calendario desde la fecha del pago hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición de la dependencia, entidad u órgano desconcentrado.

XII.- Pero si el presunto deudor reintegra el pago en exceso inmediatamente después de ser notificado de la declaratoria respectiva, durante el periodo de diez días hábiles que se le otorgan en la fracción V de este artículo para que manifieste lo que a su derecho convenga, estará exento del pago de los intereses o cargos que en la fracción anterior se señalan. Y si el reintegro lo realiza después de transcurrido el término anteriormente señalado de diez días hábiles, y hasta antes de la resolución, sólo pagará el 50 por ciento de los intereses o cargos señalados.

XIII.- Cuando el acto de iniciación del procedimiento sea de parte, éste podrá continuarse de oficio y tal acto podrá ser impugnado mediante cualquiera de los recursos otorgados por esta ley, abriéndose el incidente respectivo sin suspender el procedimiento principal. Si tal acto es de oficio sólo será impugnable hasta que se dicte resolución, recurriéndose ésta con todo el procedimiento que la generó.

XIV.- *La resolución definitiva deberá determinar si se realizó o no el pago en exceso, en cuyo caso afirmativo condenará al contratista o excontratista al reintegro de dicho pago mas los intereses o cargos señalados en la fracción XI de este artículo, con las salvedades señaladas en la fracción XII. Igualmente dicha resolución deberá contener la forma de reintegrar el pago en exceso, pudiéndose contemplar las formas civiles de pago, otorgando un plazo no mayor de treinta días hábiles al contratista o excontratista para cumplir la resolución, poniendo a disposición de la contratante el monto del pago en exceso mas los intereses respectivos, en su caso.*

XV.- *Inmediatamente después de emitida y notificada la declaratoria, la contratante responsable de ello suspenderá todo pago pendiente al contratista, en su caso, y asegurará el monto de la garantía que para el efecto haya otorgado dicho contratista.*

XVI.- *El procedimiento termina por el cumplimiento o ejecución de la resolución definitiva, por el reintegro unilateral y voluntario del contratista o excontratista hasta antes de la resolución, en cuyos casos se emitirá por la contratante una declaratoria de término de procedimiento, regresando la garantía respectiva al contratista o excontratista y restableciendo los pagos corrientes al mismo.*

XVII.- *Si notificada la resolución el condenado se niega a su cumplimiento, se iniciará el procedimiento administrativo de ejecución conforme a las leyes aplicables, o la contratante podrá ejercer la acción que corresponda en los tribunales judiciales, en contra del contratista o excontratista en un término no mayor de un año a partir de la extinción del término de los treinta días hábiles otorgados en la resolución para su cumplimiento.*

XVIII.- *Además de los principios generales del derecho, rigen este procedimiento los principios doctrinales y legales de informalidad, economía, celeridad y eficacia, oficiosidad, defensa y tutela, interrupción de prescripción, actos susceptibles de*

opinión de otras autoridades, y responsabilidad por violación de garantías de procedimiento, legalidad, publicidad, eficiencia, economía, equidad e igualdad.

XIX.- Para los efectos de este procedimiento se considera pago en exceso toda cantidad entregada, en dinero o en especie, por la Administración Pública al contratista o excontratista de obra pública, sin tener obligación o justificación para hacerlo, sino por error o negligencia en quien paga a nombre de la Administración, o por mala fe o dolo en quien recibe el pago a nombre del contratista o excontratista.

XX.- En todo lo no previsto en este artículo se aplicará supletoriamente la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Además del texto anterior que se propone como contenido del artículo 55 de la ley local, es necesario adecuar otros preceptos del mismo ordenamiento, tales como los siguientes.

1.- En virtud del procedimiento propuesto y toda vez que la fracción VIII del artículo 46 de la ley local establece que el contrato debe contener la forma de reintegrar los pagos en exceso, resulta necesario hacer un agregado a tal fracción a fin de que el citado procedimiento se contemple en el contrato, por lo que proponemos que dicha fracción VIII quede como sigue, señalando con negritas lo que se propone como agregado:

*VIII. La forma en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que de cualquier manera hubiera recibido en exceso, **conforme al procedimiento que se establece en el segundo párrafo del artículo 55 de esta ley.***

2.- En virtud de que en la fracción II del mismo precepto se establece que el contrato debe contener el precio de los trabajos y la fracción X agrega que tales trabajos se deben pormenorizar, proponemos que igualmente el contrato debe

contener detalladamente no sólo los trabajos sino también los precios del mercado, a fin de evitar pagos en exceso o facilitar su detección, y por ello proponemos un agregado a la citada fracción II del artículo 46 de esta ley para que quede cómo sigue, señalando con negritas el agregado propuesto:

II. *"El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato; **debiéndose detallar pormenorizadamente los precios de mercado correspondientes a dichos trabajos.**"*

3.- Para evitar en lo posible la nulidad del procedimiento de adjudicación por parte de la Secretaría de la Contraloría, dando lugar al pago de gastos que el concursante hubiera realizado, y considerando que una de las causales para dicha nulidad, según la fracción I del artículo 43 de la ley local, es que *"...los precios de los conceptos mas importantes no correspondan a los del mercado."*, se proponen dos agregados, señalados con negritas, al artículo 14 del mismo ordenamiento, a fin de que este precepto diga como sigue:

Artículo 14.

*"La Secretaría, la Secretaría de Finanzas y la Contraloría, en el ámbito de sus respectivas competencias, **deberán** contratar asesoría técnica para la realización de investigaciones de mercado, de mejoramiento del sistema de contratación de obra pública, verificación de precios, pruebas de calidad y otras actividades vinculadas con el objeto de esta Ley. Para los efectos del párrafo anterior, las citadas dependencias pondrán a disposición entre sí, los resultados de los trabajos objeto de los respectivos contratos de asesoría técnica, **los cuales serán obligatoriamente considerados por las dependencias, entidades y órganos desconcentrados de la Administración al momento de contratar obra pública.**"*

4.- Como se señala en el punto 4.3 de este estudio, la fracción III del artículo 47 del ordenamiento local obliga a la Administración a pagar gastos no recuperables

al concursante adjudicado, si éste no ejecuta la obra porque la dependencia, entidad u órgano desconcentrado contratante no firma en tiempo el contrato. Independientemente de aplicar un procedimiento estricto para la comprobación, justificación y relación de dichos gastos con el concurso realizado, proponemos un agregado al tercer párrafo de la mencionada fracción III del precepto citado a fin de cumplir con los siguientes propósitos.

- a.- Demostrar que tales gastos son efectivamente no recuperables.
- b.- Que fueron necesarios e indispensables para que el contratista pudiera concursar, y
- c.- Establecer la salvedad de que si se dio alguna de las causales para prohibir la adjudicación, conforme al artículo 43 del ordenamiento local, y aún así se adjudicó, además de fincar responsabilidades al funcionario responsable de ello, la adjudicación sería nula, y por tanto, en tal caso resulta improcedente el pago de gastos al contratista por parte de la Administración.

Conforme a lo anterior transcribimos el texto vigente del párrafo tercero de la citada fracción III del artículo 47 de la ley local y el agregado propuesto en negritas:

“El concursante, sin incurrir en responsabilidad, podrá determinar no ejecutar la obra pública si la dependencia, entidad u órgano desconcentrado no firmase en el plazo señalado por causas imputables a éstos. En este supuesto, la dependencia, entidad u órgano desconcentrado liberará la garantía otorgada para el sostenimiento de su proposición y cubrirá los gastos no recuperables en que hubiere incurrido el concursante para preparar y elaborar su propuesta, siempre que estén debidamente comprobados, se justifiquen y se relacionen directamente con el concurso de que se trate, demostrando con ello que efectivamente tales gastos tienen, conforme a la fracción VII del artículo 2º del reglamento de esta ley, la naturaleza de no recuperables y necesarios e indispensables para que el adjudicado pudiera concursar. Pero si se demuestra que la adjudicación se otorgó en violación de sus prohibiciones establecidas en el

artículo 43 de esta ley, además de las responsabilidades del funcionario que la hubiera otorgado, tal adjudicación será nula y por tanto, en tal caso no procede el pago de gastos al contratista adjudicado indebidamente.”

5.- Para prevenir o evitar que el porcentaje, la entrega y la amortización de los anticipos sean un campo propicio a los pagos en exceso, proponemos que su establecimiento quede sujeto a una revisión especial por parte de una comisión de la Secretaría de la Contraloría a fin de que dicha entidad vigile que conforme a la ley, efectivamente se apliquen los porcentajes, y que la entrega y amortización sean reales y congruentes. Al efecto proponemos agregar una fracción IV al artículo 49 de la ley local, que textualmente diga:

“IV.- La determinación de los distintos porcentajes de los anticipos, la entrega de los mismos al contratista y su amortización, según lo establecido al respecto en las fracciones anteriores y en el artículo 37 del reglamento de ésta ley, estarán sujetas a una revisión especial y previa a su entrega respectiva, por parte de una comisión conformada por personal especializado subordinado a la contratante, pero ajeno al personal que participe o haya participado directa o indirectamente en alguna de las etapas de la contratación de la obra, y las cuales van desde la convocatoria respectiva hasta la liquidación y el finiquito. Dicha comisión será dirigida y supervisada por un funcionario de la Secretaría de la Contraloría designado ex profeso con los mismos requisitos de sus demás integrantes, y tendrá como su principal propósito, dentro de sus facultades legales, vigilar la aplicación legal de dichos porcentajes, y que la entrega y amortización sean reales y congruentes.”

6.-Para evitar el pago discrecional de gastos financieros al contratista, derivado de la confusión en el caso previsto por el inciso b de la fracción I del artículo 49 de la ley local, y vista la consideración que establecimos al respecto en el punto 4.3 de este estudio y que se expresa textualmente en sus páginas 134 y 135 al tratar de los anticipos, proponemos reformar tal inciso a fin de eliminar dicho pago

derogando la parte del precepto que lo establece, de manera que su texto quede como sigue:

“ b.) En el caso de servicios relacionados con la obra pública, en igual plazo el programa de ejecución pactado; el contratista podrá iniciar los servicios en la fecha de inicio programada por su voluntad y riesgo.”

7.- De lo expuesto en el punto 4.3 de este estudio respecto de las estimaciones, de los ajustes de costos y de la residencia de supervisión, se desprende que éstas tres áreas susceptibles de generar pagos en exceso, están estrechamente relacionadas, de manera que el ajuste de costos se aplica conforme a las estimaciones con las que se ejecutaron los trabajos, según el último párrafo del artículo 54 de la Ley local; y aunque, conforme al artículo 50 del mismo ordenamiento, la residencia de supervisión es *“...la responsable directa de la ...aprobación de las estimaciones...”*, la fracción III del artículo 62 del reglamento de la ley local precisa que es la Residencia de Obra de la Administración quien autoriza el pago de dichas estimaciones. Entendemos que conforme a las fracciones I, II y VI del citado precepto reglamentario, esta Residencia de Obra es una instancia superior a la Residencia de Supervisión, y que por ello el artículo 50 de la ley prevé que *“..Cuando la supervisión sea realizada por contrato, la aprobación de las estimaciones para efecto de pago deberá ser autorizada por la residencia de obra...”*. Además, la ya citada fracción III del artículo 62 del reglamento establece que la aprobación y firma de las estimaciones por el residente de supervisión, deben ser *“...conjuntamente con la superintendencia de construcción del contratista...”*. De lo anterior se concluye que la Residencia de Supervisión y la Superintendencia de Construcción sólo aprueban las estimaciones, pero quien autoriza su pago es la Residencia de Obra. Sin embargo lo que aquí concluimos no queda muy claro en los textos de los preceptos legales y reglamentarios que se refieren, y por ello resulta necesario transcribirlos a fin de detectar alguna contradicción entre ellos o confirmar que se trata sólo de una

confusión que se pueda aclarar con alguna modificación de los mismos. A continuación los textos de los preceptos que anteriormente se refieren:

a.- Artículo 50 de la ley local.-

*“Las dependencias, entidades u órganos desconcentrados establecerán **la residencia de supervisión** con anterioridad a la fecha de iniciación de la obra o del proyecto integral, y esta residencia **será la responsable directa de la supervisión, vigilancia, control y revisión de los trabajos, incluyendo la aprobación de las estimaciones** presentadas por los contratistas, de acuerdo con los alcances específicos del trabajo solicitado. **Cuando la supervisión sea realizada por contrato, la aprobación de las estimaciones para efecto de pago deberá ser autorizada por la residencia de la obra** de la dependencia, entidad u órgano desconcentrado.”*

b.- 2º párrafo del artículo 52 de la ley local.-

*“Las estimaciones de los trabajos ejecutados **deberán pagarse por parte de la dependencia, entidad u órgano desconcentrado, bajo su responsabilidad, dentro de un plazo no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha en que las hubiere autorizado la residencia de supervisión** de la obra pública de que se trate.”*

c.- Artículo 62 del reglamento.- Funciones del residente de supervisión.-

III- *“**Revisar las estimaciones de trabajos ejecutados y conjuntamente con la superintendencia de construcción del contratista, revisarlas, conciliarlas, aprobarlas, avalarlas y firmarlas para su envío a la residencia de obra** de la Administración Pública **para su autorización y trámite de pago, llevando su control de fechas;**”*

De los textos anteriores, en particular de las partes en negritas, se desprende que primero se da la aprobación de las estimaciones y después la autorización de su pago, y que por tanto sí hay una contradicción entre la ley y su

reglamento, y aún entre los dos preceptos legales transcritos, puesto que si por un lado el artículo 50 de la ley establece que la residencia de supervisión es la responsable de la aprobación de las estimaciones, salvo cuando la supervisión sea por contrato, el segundo párrafo del artículo 52 del mismo ordenamiento establece que la misma residencia de supervisión es quien autoriza el pago de las estimaciones, lo cual aparentemente no es contradictorio considerando que tanto la aprobación como la autorización del pago de estimaciones están a cargo de la misma instancia. Pero esta consideración contradice la fracción III del artículo 62 del reglamento ya que tal precepto establece que la residencia de supervisión, conjuntamente con la superintendencia de construcción sólo revisa, aprueba y firma las estimaciones para enviarlas a la residencia de obra a fin de que sea ésta instancia quien autorice su pago.

Vemos pues que mientras ésta autorización del pago de estimaciones por la residencia de obra en el reglamento es una disposición general, en el artículo 52 de la ley sólo es una salvedad, pues allí la regla general es que dicha autorización del pago es facultad de la residencia de supervisión junto con su aprobación, y es precisamente esta circunstancia lo que constituye la contradicción, pues no hay claridad en quien debe autorizar el pago de las estimaciones, lo cual nos parece que da lugar a generar pagos en exceso. Para eliminar esta posibilidad proponemos una reforma a los artículos 50 y 52 de la ley a fin de ponerlos en sintonía con la fracción III del artículo 62 del reglamento, y ello en razón de que éste último precepto resulta ser el mas claro, toda vez que sí precisa quien aprueba y quien autoriza el pago de estimaciones, puesto que establece claramente que es la residencia de supervisión, conjuntamente con la superintendencia de construcción, quienes aprueban las estimaciones, y que es la residencia de obra quien autoriza su pago. Por ello, como ya dijimos, proponemos que con la reforma de los dos preceptos legales citados, éstos se adecuen al reglamento, derogando para ello la salvedad que se establece en el artículo 50 en el sentido de que la autorización del pago de estimaciones se hará por la residencia de obra cuando la supervisión sea por contrato, puesto que tal

salvedad, con la reforma propuesta pasaría a ser la regla general y única en todos los casos. Por tanto, los textos de los dos preceptos legales citados quedarían como sigue, señalando con negritas lo reformado.

a.- Artículo 50.-

*"Las dependencias, entidades u órganos desconcentrados establecerán la residencia de supervisión con anterioridad a la fecha de iniciación de la obra o del proyecto integral, y esta residencia será la responsable directa de la supervisión, vigilancia, control y revisión de los trabajos, incluyendo la aprobación de las estimaciones presentadas por los contratistas, de acuerdo con los alcances específicos del trabajo solicitado. **Aprobadas las estimaciones por la residencia de supervisión, esta las enviará a la residencia de obra para que autorice su pago.***

b.- 2º párrafo del artículo 52 de la ley local.-

*"Las estimaciones de los trabajos ejecutados deberán pagarse por parte de la dependencia, entidad u órgano desconcentrado, bajo su responsabilidad, dentro de un plazo no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha en que la hubiere autorizado la residencia de **obra.**"*

8.- Para prevenir o evitar que la terminación definitiva o anticipada de trabajos, su rescisión o suspensión, sean un campo propicio a los pagos en exceso, proponemos que su aplicación y desarrollo quede sujeto a una revisión especial por parte de una comisión encabezada por la Secretaría de la Contraloría a fin de que dicha entidad vigile que conforme a la ley, efectivamente se apliquen la liquidación y el finiquito para el caso de la suspensión definitiva, y que la rescisión y suspensión o terminación anticipadas se efectúen conforme a las reglas legales y reglamentarias para su decreto. Al efecto proponemos agregar un último párrafo al artículo 57 de la ley local, que textualmente diga:

“La verificación y recepción de trabajos, así como la rescisión, suspensión o terminación anticipada de los mismos, según lo establecido al respecto en párrafos anteriores y en el artículo 27 de esta ley, estarán sujetas a una revisión especial previa a su decreto, por parte de una comisión conformada con personal especializado subordinado a la contratante, pero ajeno al personal que participe o haya participado directa o indirectamente en alguna de las etapas de la contratación de la obra, y las cuales van desde la convocatoria respectiva hasta la liquidación y el finiquito. Dicha comisión será dirigida y supervisada por un funcionario de la Secretaría de la Contraloría designado ex profeso con los mismos requisitos de sus demás integrantes, y tendrá como su principal propósito, dentro de sus facultades legales, vigilar que conforme a la ley y al reglamento, efectivamente se apliquen la liquidación y el finiquito para el caso de la suspensión definitiva, y que la rescisión y suspensión o terminación anticipadas se efectúen conforme a las disposiciones legales y reglamentarias para su decreto, poniendo especial atención en que el acta de recepción de trabajos corresponda a la realidad material de los mismos, y en que las causas para el decreto de la terminación anticipada, rescisión o suspensión hayan quedado plenamente acreditadas .”

9.- Para garantizar el reintegro de los pagos en exceso que la contratante entregue al contratista, conforme al procedimiento que se establece en el segundo párrafo del artículo 55 de la ley local, proponemos reformar la fracción III del artículo 35 del mismo ordenamiento, a fin de incluir una garantía mas a las mencionadas en ese precepto, señalando con negritas el agregado que se propone, a fin de que el texto de dicha fracción quede de la siguiente manera:

*“III. El cumplimiento de los contratos, **el reintegro de los pagos en exceso que hubiere recibido el contratista por la contratante**, así como los defectos o vicios ocultos que llegaren a resultar y por cualquier otra responsabilidad que surja en la obra.”*

4.6.1.- EFECTOS JURÍDICOS.

Enunciamos aquí de una manera muy general los efectos jurídicos del procedimiento propuesto, los cuales creemos que se ubican en la contribución al control y rendición de cuentas, y en particular a la evaluación y fiscalización de la gestión pública, a los mecanismos de control de ésta, a fin de lograr una autoevaluación mas eficiente con enfoque al desarrollo administrativo de dicha gestión. Además pretendemos también contribuir a una mayor fortaleza y autonomía de los órganos internos de control preventivo y correctivo, en particular sobre el gasto público, tratando de otorgarles mayor libertad e imparcialidad, pues su labor no se limita a detectar y castigar las infracciones, sino que también deben coadyuvar a una administración honesta y eficiente de los recursos públicos mediante la detección oportuna de fallas en los sistemas, en los procedimientos o en la normatividad. Todo ello incluso con miras al fortalecimiento de una contraloría social que extienda los mecanismos de supervisión y vigilancia de la comunidad sobre los programas y proyectos de la actuación estatal, en particular la contractual.

En otro sentido, el presente estudio trae como corolario la necesaria definición legal o reglamentaria de los gastos financieros y de los pagos en exceso, y ello independientemente de que en el presente estudio ya proponemos una definición de estos últimos. Además queda pendiente la revisión de la actividad contractual de la Administración en las áreas de adquisición y suministro, pues el riesgo de pagar en exceso no sólo se da en el contrato de obra pública, sino también en otros contratos administrativos como los de adquisición y suministro, aunque en éstos se habla también de "*compras en exceso*". Lo anterior se desprende del informe de la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sobre el ejercicio presupuestal del 2000.¹

¹ LLANOS SAMANIEGO, Raúl. La Jornada, La Capital, 19 de Junio del 2002, p. 40.

4.6.2.- EFECTOS ECONÓMICOS.

Creemos que el principal efecto económico que trae consigo la reforma y mejoramiento de los mecanismos de control administrativo, y en particular el procedimiento administrativo como instrumento del control del gasto, en cuyo contexto se inscribe la propuesta de este estudio, es y seguirá siendo el ahorro en el gasto público. Los medios de comunicación e información masiva han dado cuenta de la importancia del pago en exceso en el contrato de obra pública, como uno de los canales por donde se escurre buena parte del presupuesto, como consecuencia de la corrupción, ineficacia o deficiencia, pues el riesgo de que tales pagos se den abarca la totalidad de la Administración, máxime en los últimos tiempos donde la obra pública es una de las mas importantes manifestaciones de la actividad estatal, particularmente en la ciudad de México.

Para darnos una idea de la magnitud de las pérdidas que por pagos en exceso el gobierno local sufre, basta mencionar que por ejemplo durante el ejercicio presupuestal de 1998 la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal encontró en el DIF local "*...diversas anomalías en contratos de obra pública y convenios modificatorios;*" y que tal dependencia "*erogó injustificadamente 6 millones 483 mil pesos (sin IVA) en las 82 obras que adjudicó directamente, ya que efectuó pagos sin contar con la documentación soporte que acreditara su procedencia, como son los números generadores que determinaron los trabajos realizados*".¹ Durante el ejercicio presupuestal del 2000 "*El Sistema de Transporte Colectivo (STC)-Metro pagó un excedente de 33 mil 600 pesos a tres empresas encargadas de la sustitución de techumbre y mantenimiento general de los talleres de Tasqueña, la construcción de un comedor en la terminal Constitución de 1917 y la rehabilitación de estaciones de la línea 1,...*"² de manera que éste caso sólo es un ejemplo de las pérdidas económicas que la Administración Local tuvo durante ese ejercicio fiscal, pues

¹ Ibid. 10 de agosto del 2000, p. 38.

² GOMEZ FLORES, Laura. *La Jornada, La Capital*, 20 de julio del 2002, p. 31.

según la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal *“Entidades públicas del DF pagaron en exceso al menos 19 millones de pesos durante 2000.”*, siendo precisamente el Sistema de Transporte Colectivo-Metro la que tuvo mayores erogaciones de este tipo, las cuales fueron hasta por *“...9 millones, y le siguieron la delegación Iztapalapa, con 4 millones; Comisión de Aguas del DF, 2 millones; Dirección General de Construcción y Operación Hidráulica (DGCOH), un millón 900 mil, y Servimet, un millón 61 mil pesos”*¹. Ya más recientemente, durante el ejercicio presupuestal del 2003 en la Delegación Tláhuac, la Contaduría Mayor de Hacienda de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal detectó *“..pagos injustificados..”* y en exceso, que generaron un daño al erario hasta por diez millones de pesos, lo cual, según dicho órgano fiscalizador de la legislatura local, se derivó de una deficiente planeación, presupuestación y contratación de obras.²

Por su parte la Contraloría General del Distrito Federal en su informe de actividades del 2003 manifiesta que ante varias irregularidades, *“...el 27 de febrero de 2004 solicitó a la Dirección General de Legalidad y Responsabilidades del Distrito Federal iniciar procedimientos contra 10 servidores públicos, entre ellos los ex jefes delegacionales de Álvaro Obregón ...”*, e inicio investigaciones en la delegación Cuauhtémoc *“...entre otros motivos, por celebrar contratos para la reestructuración de la sede delegacional y realizar pagos por obra no ejecutada, con lo que se generó daño al erario por 7 millones 4 mil 569 pesos”*. Igualmente tal dependencia detectó durante dicho ejercicio presupuestal *“... pagos en exceso, recepción incompleta de la obra, la omisión de cobros de penas convencionales y fianzas, y la celebración de contratos multianuales sin justificación...”* en la delegación Tláhuac.³

¹ LLANOS SAMANIEGO, Raúl. *La Jornada, La Capital*, 20 de Junio del 2002, p. 40.

² ROMERO SÁNCHEZ, Gabriela. *La Jornada, La Capital*, 20 de abril del 2005, p. 42.

³ GÓMEZ, Laura y ROMERO, Gabriela. *La Jornada, La Capital*, 27 de Marzo del 2004, p. 35.

Los datos sobre pérdidas económicas por pagos en exceso que se contienen en los párrafos anteriores, son sólo un ejemplo de la sangría que sufre el erario de la capital de nuestro país, y ello sin distinguir colores o ideología política, y sin mencionar muchos otros fraudes recientes en otras demarcaciones del Distrito Federal y aún en el ámbito federal, determinados en buena medida en la contratación de obra pública. Y todo ello en el contexto de los llamados video-escándalos cuyo conocimiento público es abundante, de lo que podemos concluir que las pérdidas económicas por pagos en exceso en la contratación de obra pública no sólo tienen efectos jurídicos y económicos, sino que ellos también trascienden a lo político.

CONCLUSIONES

Primera.- La Administración Pública como actividad estatal satisface necesidades generales, distribuye y ejerce autoridad política; y sobre la centralizada recae mayor responsabilidad porque transfiere atribuciones, actividades y recursos a la descentralizada. Las facultades jerárquicas de la centralizada implican un control directo sobre el inferior, mientras la descentralizada simplifica el poder con propósitos más concretos, relacionándose más directamente con el gobernado, aterrizando en el terreno de éste los servicios o mecanismos de su colaboración con la Administración, dentro de los cuales se ubica el contrato de obra pública.

Segunda.- La Función Administrativa o Capacidad Estatal para satisfacer necesidades sociales, delimitada por prerrogativas como contratar con los particulares y por restricciones como procedimientos legales e imparciales, se sustenta en el orden jurídico, el procedimiento administrativo y el acto administrativo. Este último en sentido amplio es un acto bilateral donde intervienen varias voluntades con propósito distinto, y en sentido restringido es una declaración unilateral de voluntad de un órgano público en un caso específico.

Tercera.- El acto administrativo es realizado por órganos de los tres Poderes del Estado, amplía la esfera jurídica del particular, consta un estado de derecho o de hecho, al igual que el contrato, crea o transmite derechos y obligaciones; sus elementos son la facultad de emitir el acto, coincidencia entre voluntad declarada y expresada en él, posibilidad de su cumplimiento jurídico y físico, interés a satisfacer, congruencia, lugar y plazos de su realización; autoridad que lo emite y su declaración; particular a quien le afecta; forma escrita y cumplimiento de las garantías constitucionales de fundamentación, motivación y legalidad.

Cuarta.- El contrato administrativo es una especie de acto administrativo bilateral porque ambas figuras tienen como antecedente el hecho y el acto jurídicos, crean o transmiten derechos y obligaciones y tienen los mismos medios de extinción:

cumplimiento o ejecución, revocación al cesar sus efectos, rescisión por causas estipuladas expresamente, prescripción al extinguirse obligaciones, caducidad al extinguirse derechos por inactividad, término si quedan sujetos a un momento en que dejen de producir su efectos, y desistimiento si se renuncia a los derechos o beneficios que otorgan.

Quinta.- Los propósitos generales de la Administración son satisfacer necesidades sociales, operar servicios, y ejercer poder y recursos en beneficio social; pero su cumplimiento depende de alcanzar su propósito principal que es el control interno de la Función Pública, el cual se da mediante el Procedimiento Administrativo que ordena la conducta estatal y es cause de la acción administrativa e *instrumento de control administrativo* en la lucha contra la corrupción, la impunidad, bloqueo e inhibición del poder, indiferencia, complicidad y desatención en la Administración.

Sexta.- El Procedimiento Administrativo se desarrolla en una primera etapa de instrucción, con actos de particulares y Administración durante las subetapas de aportación de datos, informes, pruebas, audiencia y vista; y en una segunda etapa de ordenación con actos de impulso, dirección y constancia durante todo el procedimiento, bajo principios que garanticen derechos ciudadanos e interés público, como los de economía, gratuidad, equidad o defensa, incluyéndose en éste último la notificación como su formalidad esencial.

Séptima.- Los sujetos del procedimiento administrativo son la Administración y el administrado, donde la primera, en caso de procedimiento triangular, debe ser imparcial hacia las partes y parcial hacia la sociedad, y el segundo aparece al lado o frente a la Administración prestando o usando servicios en su carácter de particular público con interés legítimo en dicho procedimiento, cuyo objeto, por otra parte, es determinar su dirección, impulso y resolución, indagando y comprobando los hechos.

Octava.- El contrato administrativo, cuyos fundamentos constitucionales se encuentran en los artículos 134, 73, y 126 de nuestra Ley Suprema, es el que para utilidad pública se realiza entre particulares y Administración con el fin de ejecutar obras, gestionar servicios o suministrar al Estado, caracterizándose por la desigualdad jurídica de las partes, un régimen legal exorbitante de derecho civil, lucro personal del particular, interés público de la Administración y mutabilidad por alteraciones contractuales imprevisibles.

Novena.- El contrato de obra pública se celebra entre Administración y contratista, para que éste, mediante pago, construya, reconstruya, mantenga o destruya un inmueble. Es un instrumento de administración, ejecución y conservación de obra pública, cuyos elementos son: la decisión del funcionario público facultado y del contratista, como consentimiento; la entidad o dependencia pública y el particular, como sujetos; la construcción o mejora de un inmueble del Estado, como objeto; la convocatoria, licitación y adjudicación, como forma; y la satisfacción de necesidades públicas y un lucro razonable, como causa.

Décima.- El contrato de obra pública es a precio alzado o unitario, por administración con reembolso de gastos realizados y por más de un ejercicio; es oneroso con riesgo en sus prestaciones, principal porque no depende de otro, de ejecución diferida porque su cumplimiento no es instantáneo, de tracto sucesivo o eficacia duradera porque ésta perdura, de adhesión porque es predeterminado por la Administración, base porque una de las partes puede subcontratar, modificable por convenio, revisable en sus costos; y puede terminar anticipadamente, ser rescindido, y suspendido por fuerza mayor o caso fortuito.

Undécima.- El contrato de obra pública contiene inversión, precio, plazos, anticipos, garantía de éstos y de cumplimiento; pago de estimaciones y gastos al contratista; ajuste de costos; penas convencionales; procedimientos para reintegrar pagos en exceso y resolver controversias; y causas de suspensión o terminación anticipada. Todo ello vigilado por Contraloría y Contratantes para,

respectivamente, intervenir en actos ilegales interpretando la ley, cancelar adjudicación, investigar mercado y verificar precios; y para gestionar presupuesto, modificar plazos de convocatoria o bases, rescindir contrato y avisar a Contraloría impedimentos.

Duodécima.- Del pago indebido civil, particularmente de los vicios del consentimiento que lo determinan, y del concepto que la ley de obra pública local otorga implícitamente al pago en exceso, concluimos que éste es una especie de pago indebido, consistente en entregar una cantidad por error o negligencia en el que paga porque ignora la falsedad del deudor o de la obligación, o se atribuye ésta sin tenerla; o cuando tal entrega es con mala fe y dolo en quien recibe porque disimula el error de quien le paga o le sugestióna con artificios para inducirle a él.

Décima tercera.- Proponemos que la demostración de pagos en exceso sea hasta la revisión de la cuenta pública, o cuando se detecten fallas o errores que los provocan, mediante la revisión de las principales áreas administrativas y financieras que los generan: porcentajes de anticipos; forma, términos y condiciones de pago; porcentaje y ajuste de costos; reembolso de gastos a concursantes cuando se anula la adjudicación; precios de trabajos y del mercado; pago de gastos financieros y no recuperables, de anticipos y de estimaciones al contratista; residencia de supervisión; y terminación, rescisión o suspensión de trabajos.

Décima cuarta.- Como la ley no contiene el procedimiento para reintegrar pagos en exceso y no sanciona su omisión, es posible que los contratos de obra pública no lo contengan y se limiten a reproducir la regla legal de que el reintegro sea con ciertos intereses. Por ello, con el procedimiento, las reformas y adecuaciones legales que se proponen en este estudio de tesis, se pretende contribuir al ordenamiento de la actuación contractual estatal, procurando en lo posible cubrir los principales huecos normativos por donde se sustraen importantes recursos públicos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ACOSTA ROMERO, Miguel. *Derecho Administrativo Especial, Tomos I y II*, Porrúa, México, 1999.

AGUADO CUDOLA, Vicenc. *Prescripción y Caducidad en el Ejercicio de Potestades Administrativas*, Escola d' Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1999.

BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. *El Contrato de Obra Pública; dentro de la Teoría General de los Contratos Administrativos*, Trillas, México, 1991.

CÁRDENAS RÍOSECO, Raúl F. *Enriquecimiento Ilícito*, Porrúa, México, 2001.

DIEP DIEP, Daniel. *Fiscalística*, Pac, México, 2002.

EMILIANI ROMÁN, Raimundo. *El Enriquecimiento sin Causa como Fuente de Obligaciones*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá, 1996.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María. *Contratación Administrativa; Comentarios al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Bosch, Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo; Contratos*, Porrúa, México, 2000.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Panorama del Derecho Mexicano, Derecho Administrativo*, McGraw-Hill, México, 1997.

FRAGA, GABINO. *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2001.

GARCÍA CONESA, Antonio. *Derecho de la Construcción*, Bosch, Barcelona, 1996.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Mercantiles*, Buenos Aires, 2002.

GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. *Administración Pública Contemporánea*, McGraw-Hill, México, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Procedimiento Administrativo Federal*, Porrúa-UNAM, 3ª ed. México, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y TOLEDO GAUDENES, Julio. *Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas*, Civitas, 2ª ed. Madrid, 1997.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al Estilo Mexicano*, Porrúa, México, 1993.

LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. *Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México*, UNAM, México, 1999.

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. *Los Procedimientos Administrativos Materialmente Jurisdiccionales como Medios de Control en la Administración Pública*, UNAM, México 2002.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional*, Porrúa, México, 1993.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo 1º y 2º Cursos*, Harla, 4ª ed., México, 2001.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *Derecho Administrativo 3º y 4º Cursos*, Harla, 3ª ed. México, 2001.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

BRENA SESMA, Ingrid. *Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal, t. IV. comentario al artículo 1884*. UNAM-IIJ- Miguel Ángel Porrúa. México. 1987.

DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Porrúa, 11ª ed, México, 1983.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. VII*, Porrúa-UNAM, México, 2002.

GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis. *El Pago, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. V*, Porrúa-UNAM, 2002.

MÁRQUEZ GONZÁLES, José Antonio. *Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y Para Toda la Republica en Materia Federal, t. IV. comentarios a los artículos 1812, 1819, 1820, 1821 y 1822*. UNAM-IVJ- M. A. Porrúa. México. 1987.

NAVA NEGRETE, Alfonso y QUIROZ ACOSTA, Enrique. *Procedimiento Administrativo, Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. V*. Porrúa, México. 2002.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, 18ª ed. México, 1988.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

HEMEROGRAFÍA

GOMEZ FLORES, Laura. *La Jornada, La Capital*, 20 de julio del 2002.

GÓMEZ, Laura y ROMERO, Gabriela. *La Jornada, La Capital*, 27 de Marzo del 2004.

LLANOS SAMANIEGO, Raúl. *La Jornada, La Capital*, 10 de agosto del 2000 y 19 y 20 de Junio del 2002.

ROMERO SÁNCHEZ, Gabriela, *La Jornada, La Capital*, 20 de abril del 2005.