



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“EQUIDAD RESCISORIA DEL
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA”**

“T E S I S”

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
FABIOLA HERENIA HUERTA BAUTISTA**



ASESOR: MTRA. JANETTE YOLANDA MENDOZA GÁNDARA

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO. DE MÉXICO

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la memoria de mi madre
HILDA CONCEPCIÓN BAUTISTA
LARA, porque en vida me entregó
su amor y con su muerte me enseñó
que el sacrificio debe ser siempre
por los tuyos.

A la memoria de mi abuelita
RAFAELA LARA GUZMÁN,
porque con su ejemplo de vida
me enseñó que cada día es una
oportunidad de servir y ser
mejor.

A mi hermano ROGELIO HUERTA
BAUTISTA quien con su respeto
me enseña que la calidad de una
persona no se mide, se aprecia
y agradece.

A mi sobrina ADRIANA HUERTA
ROJAS quien alegra mi vida y
me compromete a ser una
profesionista con verdades.

A mis tíos EVA RODRÍGUEZ ROBLEDO,
ALICIA BAUTISTA LARA, RANULFO
BAUTISTA LARA, ARTURO BAUTSTA
LARA y SOCORRO GUTIÉRREZ,
quienes en todo momento han estado
atentos a mis inquietudes, pero en
especial a ti EVA porque te llevo
en mi corazón.

Al Licenciado JOSÉ MANUEL
CLAUDIO LIMA CASTILLO
porque afortunadamente es mi
maestro fuera de las aulas y a
quien reitero mi lealtad y
compromiso.

Al Licenciado ALÁN ZAVALA
MARTÍNEZ quien con su amistad
indiscutiblemente me fortalece.

A ti Alejandro por tus consejos,
tu sinceridad y solidaridad.

Mi profundo agradecimiento a
los catedráticos universitarios
por guiar mi entusiasmo de
corresponder a la sociedad.

EQUIDAD RESCISORIA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Introducción

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y DE LA NULIDAD

1.1 ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.1 Concepto de acto administrativo.....	1
1.1.2 Naturaleza jurídica del acto administrativo.....	3
1.1.3 Clasificación del acto administrativo.....	5
1.1.4 Elementos del acto administrativo.....	7
1.1.5 Ejecución del acto administrativo.....	8
1.1.6 Efectos del acto administrativo.....	12
1.1.7 La rescisión administrativa como acto administrativo.....	14
1.1.8 Concepto de autoridad.....	15
1.1.9 Concepto de acto de autoridad.....	19
1.1.10 Elementos y Efectos del acto de autoridad.....	22
1.1.11 La rescisión administrativa como acto de autoridad.....	24

1.2 NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.2.1 Teoría de la nulidad del acto administrativo.....	27
1.2.2 Causas de la nulidad.....	30
1.2.3 Efectos de la nulidad.....	33
1.2.4 Autoridad competente para declarar la nulidad del acto administrativo.....	35
1.2.5 Nulidad de la rescisión administrativa del contrato de obra pública.....	36
1.2.6 ¿Qué es la anulabilidad?.....	37
1.2.7 Causas de la anulabilidad.....	38
1.2.8 Efectos de la anulabilidad.....	39

CAPÍTULO 2

ETAPA PRECONTRACTUAL

2.1 FASES PREVIAS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

2.1.1 Planeación.....	43
2.1.2 Programación.....	47
2.1.3 Presupuestación.....	50

2.2 ASPECTOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

2.2.1 Concepto de licitación pública.....	52
2.2.2 Naturaleza jurídica de la licitación pública.....	56
2.2.3 Fundamento legal de la licitación pública.....	57
2.2.4 Principios de la licitación pública.....	58
2.2.5 Excepciones a la licitación pública.....	62

2.3 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE OBRA PÚBLICA

2.3.1 Pliego de condiciones.....	63
2.3.2 Convocatoria.....	68
2.3.3 Entrega de información y documentación.....	71
2.3.4 Visita al lugar.....	76
2.3.5 Contestación al pliego de condiciones o entrega de proposiciones.....	77
2.3.6 Junta de aclaraciones.....	82
2.3.7 Otorgamiento de garantías.....	84
2.3.8 Apertura de proposiciones.....	89
2.3.9 Análisis y evaluación de proposiciones.....	90
2.3.10 Emisión de dictamen.....	92
2.3.11 Fallo.....	93
2.3.12 Adjudicación.....	94
2.3.13 Formalización del contrato de obra pública.....	97

CAPÍTULO 3

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1 EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1.1 Concepto de obra pública.....	99
3.1.2 Concepto de contrato de obra pública.....	101
3.1.3 Elementos del contrato de obra pública.....	103
3.1.4 Tipos de contratos de obra pública.....	111
3.1.5 Estructura del contrato de obra pública.....	113
3.1.6 Interpretación del contrato de obra pública.....	116

3.2 RESCISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.2.1 Concepto de rescisión.....	121
3.2.2 La rescisión administrativa.....	123
3.2.3 La rescisión del contratista.....	127
3.2.4 Vía legal para demandar la rescisión del contrato de obra pública.....	129

CAPÍTULO 4

LA CONTRATANTE DEBE DEMANDAR LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

4.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

4.1.1 Interpretación jurídica del artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	141
--	-----

4.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

4.2.1 Interpretación jurídica del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y	
---	--

Servicios Relacionados con las Mismas.....	148
4.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 125 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS	
4.3.1 Interpretación jurídica del artículo 125 de del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	153
4.4 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS	
4.4.1 Interpretación jurídica del artículo 127 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	155
Conclusiones.....	161
Propuesta de reforma al artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	163
Propuesta de reforma al artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	164
Propuesta de reforma al artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	166
Propuesta de reforma al artículo 127 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	167
Adición del artículo 127 bis al Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	168
Bibliografía.....	170

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación está dividido en cuatro capítulos, el primero de ellos denominado “Generalidades del Acto Administrativo y de la Nulidad”, inicialmente trata sobre el acto administrativo, sus características, elementos, efectos y fundamento legal.

La segunda parte está enfocada a estudiar los aspectos jurídicos de la nulidad del acto administrativo, pues lo que se combate todos los días en los Tribunales es la rescisión administrativa del contrato de obra pública.

El capítulo dos denominado “Etapa Precontractual”, está enfocado a conocer y comprender los aspectos previos a la formalización de un contrato de obra pública, abarcando los temas de planeación, programación y presupuestación, la licitación pública como procedimiento general, así como sus excepciones. Su importancia radica en el hecho de que el Estado Mexicano al contratar obra pública debe hacerlo mediante licitación pública.

El capítulo tres denominado “Contrato de Obra Pública” contiene el estudio de este contrato, sus aspectos formales, su interpretación, y la rescisión administrativa como forma de extinción, la cual en la actualidad es la forma unilateral de resolver sobre las obligaciones que se derivan del mismo.

En el capítulo cuatro denominado “La Contratante debe demandar la Rescisión del Contrato de Obra Pública ante el Órgano Jurisdiccional”, se realiza la interpretación jurídica de los artículos 61 y 62 de la vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas así como de los artículos 125 y 127 de su Reglamento. Y se plantea la propuesta de reforma de dichos preceptos que son los que a la fecha regulan el procedimiento rescisorio del contrato de obra pública, injusto porque carece de equidad jurídica debido a las interpretaciones parciales que realizan las dependencias y entidades sujetas a esos ordenamientos.

CAPÍTULO 1

GENERALIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y DE LA NULIDAD

Este primer capítulo contiene el tema del acto administrativo; de sus características, elementos, efectos, ejecución y su nulidad, aspectos que son necesarios para conocer la naturaleza jurídica de la rescisión administrativa como un acto administrativo de autoridad.

1.1 ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.1 Concepto de acto administrativo

El maestro Alfonso Nava Negrete define al acto administrativo "... como cualquier otro acto del Estado, es un acto jurídico y hecho jurídico, al igual que los actos civiles y mercantiles. Como todo acto jurídico, el acto administrativo implica la voluntad de la administración dirigido a producir efectos de derecho."¹

La anterior definición señala que el acto administrativo es una declaración unilateral a través de la Administración Pública, en ejercicio de sus facultades exterioriza su voluntad de crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica individual, concreta, emitido por una autoridad facultada para ello.

Rafael I. Martínez dice que acto administrativo es "la declaración unilateral de la administración pública que produce consecuencias subjetivas de derecho".²

Este concepto no incluye la actividad reglamentaria en razón a que habla de consecuencias subjetivas; tampoco a los contratos administrativos pues sería contradictorio tomando en cuenta que éstos son un acuerdo de voluntades y no una declaración unilateral; así como tampoco incluye a los actos de esencia extrajurídica ni los hechos jurídicos.

¹ NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 287.

² MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo 1er. Curso. Oxford, México, 2004. p. 390.

Parece lógico este planteamiento, considerando que aún en nuestros días, tanto en la doctrina mexicana como extranjera, existe el complicado trabajo de encontrar un concepto o definición que abarque los elementos esenciales del acto administrativo pero que al mismo tiempo no sea tan extenso, que termine incluyendo otros elementos o actos que ya no le pertenezcan, y entonces resulta importante saber a qué se le denomina acto administrativo.

“El acto administrativo es una manifestación de voluntad que conforme a derecho debe realizar una autoridad administrativa competente en la esfera de sus atribuciones legales, y que tiende a crear, reconocer, confirmar, modificar o extinguir derechos y obligaciones en interés de la satisfacción de necesidades colectivas, sobre todo para lograr la eficiente prestación de servicios públicos que están a cargo del Poder Ejecutivo del Estado.

Representa el aspecto dinámico de la Administración Pública, la forma o manera de exteriorizar su voluntad, bajo un régimen jurídico de derecho público...”³

Esta definición muestra varios aspectos, por un lado, indica que el acto administrativo es siempre emitido por una autoridad administrativa competente, desde un punto de vista formal.

Habla de competencia, sin olvidar que la autoridad en su aspecto más general, sólo puede hacer lo que la ley le permite.

El objetivo directo de la autoridad administrativa es crear, reconocer, modificar o extinguir derechos y obligaciones, de ello dependerá el acto que emita, que puede ser, expedir una licencia de conducir o rescindir administrativamente un contrato de obra pública, etcétera.

La finalidad de todo acto administrativo es satisfacer el interés general, en especial aquéllos que son emitidos por el Poder Ejecutivo del Estado. No se debe perder de vista que este concepto señala como autoridad competente únicamente al Poder Ejecutivo,

³ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. Primer Curso de Derecho Administrativo. Porrúa, México, 2005. p. 329.

cuando debería decir que lo puede emitir un poder público sujeto al Derecho Administrativo.

Finalmente, refiere que el acto administrativo representa el aspecto dinámico de la Administración Pública, la forma o manera de exteriorizar su voluntad, de ahí que su naturaleza sea la de un acto unilateral y coercible, pues como se verá más adelante, todo acto administrativo goza de la presunción de legitimidad y por ello hace forzoso su cumplimiento a quien va dirigido.

En este sentido, Jorge Fernández Ruiz comenta que al estudiar el acto administrativo conviene tener presente que la administración realiza actos de distintas clases, entre los que se incluyen los contractuales y unilaterales, individuales y generales; lo cual resulta de poca utilidad el sentido amplio de la noción de acto administrativo porque en una misma categoría engloba actos realizados en ejercicio de la función administrativa de muy diversa índole.

“De esta manera, el acto administrativo se puede definir en sentido restringido como la 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... se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.”⁴

Sin duda, que la rescisión administrativa, extingue derechos y obligaciones en el caso específico del contrato de obra pública.

1.1.2 Naturaleza jurídica del acto administrativo.

Para explicar la naturaleza jurídica del acto administrativo, es menester hablar de las atribuciones y funciones del Estado.

El Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público que comprende la actividad del

⁴ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo. “Panorama del Derecho Mexicano”. Mc Graw Hill, México, 1997. p. 127

Estado que la propia ley le otorga, creando los medios jurídicos adecuados y necesarios para alcanzar sus fines.

Gabino Fraga refiere que la función administrativa del Estado es la actividad que éste realiza a través del Poder Ejecutivo; cuando dice que: "... es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales."⁵

Significa que las atribuciones que se asignan al Estado son: atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprende todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos; atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares; atribuciones para crear servicios públicos; atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Relacionado con la función administrativa del Estado, agrega que la naturaleza jurídica del acto administrativo es la de un acto derivado de la declaración unilateral de la voluntad de una autoridad, misma que lo hace en base a las atribuciones que la ley le otorga, y precisamente por tratarse de un acto emitido por una autoridad pública, su naturaleza es unilateral y coercible, toda vez que es voluntad única y exclusiva de la autoridad emisora y no del gobernado o a solicitud de éste, que da origen al acto administrativo, y en caso de incumplimiento a dicha voluntad, la autoridad puede hacer uso de la coacción para su debido cumplimiento, y es por esto que el acto administrativo crea, modifica, reconoce, o extingue una situación jurídica personalizada, individualizada y concreta.

Es necesario hablar de tres principios fundamentales en nuestro Derecho a saber.

El primero de ellos es el Principio de Legalidad que es la parte más valiosa del régimen jurídico de un Estado de Derecho, el cual reza: las autoridades públicas sólo pueden hacer lo que la ley les autorice, por lo que ninguna autoridad legislativa, judicial o

⁵ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Porrúa, México, 2006. p. 63

administrativa puede realizar actividad alguna si ésta no se encuentra prevista y autorizada por la ley, lo que constituye su propio límite.

Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El segundo de los principios que debemos conocer sin confundir aquel privativo de la autoridad, es el Principio que rige a los particulares y que dice que todo lo que no está prohibido está permitido, que significa que si la ley no prohíbe un acto o una conducta a los particulares, se entiende que están autorizados para realizarlos.

El tercero de los principios, es el Principio de Reserva de Ley que se presenta cuando la Constitución impone que sea una ley la que regule una materia o un campo administrativo, lo que se observa cuando la autoridad administrativa o judicial no puede ejercer poderes de regulación normativa, ya que es una actividad reservada al Congreso de la Unión.

Por lo tanto, el acto administrativo se encuentra regulado por diversas leyes administrativas las que a su vez se rigen por dichos principios, por ejemplo, la rescisión administrativa del contrato de obra pública se regula por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

1.1.3 Clasificación del acto administrativo

En la doctrina existen diversas formas para clasificar al acto administrativo, dependiendo del criterio del autor o estudioso del Derecho que trata el tema, por ejemplo, Gabino Fraga los clasifica desde el punto de vista de su naturaleza, como aquéllos actos materiales que no producen ningún efecto de derecho, y, los actos jurídicos, que sí implican consecuencias de derecho; desde el punto de vista de las voluntades que

intervienen en la formación del acto que pueden ser actos simples, formados por una sola voluntad, por ejemplo una opinión técnica jurídica que realiza una dependencia dentro de sus empleados, y cuando son varias las voluntades se puede dar el caso de un acto colegiado, un acto complejo o colectivo, por ejemplo, un acuerdo presidencial; desde el punto de vista de la relación entre la voluntad creadora y la ley, por ejemplo, la rescisión administrativa es un acto discrecional; desde el punto de vista del radio de acción, internos los que constituyen la vida interna de la Administración Pública; externos, aquéllos que se relacionan con la prestación de los servicios a cargo del Estado, mantenimiento y conservación del orden público, etcétera; por razón de su finalidad, en la licitación pública la finalidad es seleccionar al contratista con quien el Estado contratara una obra pública; por razón de su contenido, ya sea que amplíen, limiten o hagan constar la esfera jurídica del gobernado, por ejemplo, las licencias, condonaciones, expropiación.

Jorge Fernández Ruiz, los clasifica en sentido restringido, como actos internos y externos, subdividiéndolos en preliminar o instrucción, decisorio o de resolución y de ejecución; así como por su contenido y efectos, los primeros los subdivide en aquéllos que incrementan o restringen los derechos de los particulares, y los que dan testimonio de una situación de hecho o de derecho; finalmente los clasifica como actos reglados y actos discrecionales en atención a su relación con la ley.

Esta clasificación es mucho más general que la primera, que al compararlas se refieren a los mismos tipos de actos administrativos.

Por su parte, Alfonso Nava Negrete los clasifica de la siguiente manera: actos de autoridad, siendo aquéllos que emite la autoridad administrativa con ese carácter; actos de gestión, como los emitidos por esa autoridad en atención a lo dispuesto por el derecho de los particulares; actos reglados, con pleno apego a lo señalado por la ley; actos discrecionales, como los realizados con cierta libertad por parte de sus funcionarios, pero en todo momento atendiendo el marco de la ley utilizando su criterio lógico-jurídico; actos unilaterales, emanados únicamente de la voluntad de la administración pública; actos bilaterales, los que para su formación se requiere de la intervención tanto de la voluntad

de los particulares como de la administración pública, encerrando en esta clasificación a los contratos administrativos, criterio con el que no estamos de acuerdo, ya que un contrato llámese civil, mercantil, laboral o administrativo su naturaleza es otra; actos colectivos, son aquéllos en los que intervienen varias voluntades de un mismo órgano; actos complejos, a diferencia del anterior, concurren las voluntades de varios órganos administrativos y decidir por unanimidad o por mayoría; actos que amplían, certifican y restringen la esfera jurídica de los particulares, dentro de los cuales pueden estar los que mejoran la situación jurídica de los particulares frente a la administración pública.

1.1.4 Elementos del acto administrativo.

La clasificación de los elementos del acto administrativo es diversa, para efectos del presente trabajo se considerarán los señalados por la ley como los mínimos que debe contener un acto administrativo para su existencia y validez, que son los siguientes:

- a) Sujeto: es el órgano competente de la administración pública que lo emite.
- b) Voluntad: es la manifestación expresa dirigida a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica individual y concreta, por parte del órgano competente de la Administración Pública, ya sea que derive de un órgano colegiado o unitario.
- c) Objeto: consiste en producir efectos de derecho lícitos, a través de la actividad del órgano de la Administración Pública.
- d) Motivo: es la apreciación y valoración de la situación de hecho o de derecho que lo provoca.
- e) Fin: es el efecto o resultado de interés general que se quiere conseguir en cumplimiento de lo que la ley marca como una atribución de la Administración Pública.
- f) Forma: es la exteriorización de la voluntad del órgano de la Administración Pública que reúne los requisitos exigidos por la ley para cada acto administrativo en particular, que puede ser expresa o tácita. En nuestro Derecho la ley exige la forma escrita para todo acto emitido por una autoridad competente.

Por ejemplo, la rescisión administrativa, es emitida por la dependencia o entidad que celebró un contrato de obra pública, la cual debe estar debidamente fundada y motivada,

el objeto de ésta es dar por terminadas las obligaciones y los derechos de las partes contratantes.

Los elementos de este acto administrativo son: sujeto, por un lado, la dependencia o entidad contratante, por el otro, el contratista; la voluntad, se manifiesta en este acto unilateral en el momento en que es emitido; el objeto, es extinguir la relación contractual; el motivo, es la valoración de las circunstancias que llevaron a la dependencia o entidad, por ejemplo, el incumplimiento de la contratista respecto de sus obligaciones contractuales; el fin, satisfacer en las mejores condiciones el interés general en materia de obra pública, y; la forma, el documento que contiene tal resolución.

1.1.5 Ejecución del acto administrativo

En relación a la ejecución del acto administrativo Gabino Fraga, dice que: "... cuando se trata de actos que imponen a lo particulares alguna obligación o de actos de la Administración que puedan afectar la esfera jurídica de los mismos particulares, que el acto no sea voluntariamente obedecido. Entonces surge el problema de cómo debe proceder el Poder Público para la ejecución de sus resoluciones."⁶

En primer término, señala la clase de actos de autoridad emitidos por quien sea competente para ello y en cumplimiento con lo que la ley exige a efecto de satisfacer al interés público, lo que necesariamente implica la obligación de cumplirlo por parte del gobernado a quien está dirigido, ya que si se tratara de actos administrativos colectivos, por ejemplo, cuyos efectos son hacia el interior de la propia administración pública como ocurre en las áreas de consulta de las Secretarías de Estado, no se está en el plano de la ejecución del acto administrativo que se quiere estudiar.

Otro aspecto que se debe considerar en cuanto a la ejecutoriedad del acto administrativo, es el relacionado con el hecho de que el Estado al realizar sus funciones no debe estar sujeto a las posibles trabas o dilación que implicaría ponerlas a consideración de otra autoridad que diera su aprobación, de ahí que todo acto

⁶ Íbidem, p. 281

administrativo goza de la presunción de legalidad, debido a la idea general de que el Estado sólo persigue la satisfacción del interés general.

“En nuestro sistema legal, la acción directa de la autoridad administrativa para ejecutar sus propias resoluciones no puede admitirse lisa y llanamente, pues, a falta de una disposición constitucional que expresamente la reconozca, su procedencia dependerá de la compatibilidad que guarde con el sistema legal de la Constitución y con algunos de sus preceptos especiales que aparentemente la rechazan.”⁷

Esto significa que el actuar de la Administración Pública dependerá de que se encuentre apegada a la ley vigente, y en caso contrario, el gobernado o particular a quien se dirigió el acto administrativo estará en todo su derecho para demandar su nulidad.

Por ejemplo, una vez emitida la rescisión administrativa del contrato de obra pública trae aparejada su ejecutoriedad lo que implica consecuencias jurídicas de carácter obligatorio para el contratista, y, por tratarse de un acto discrecional con frecuencia adolece de vicios que afectan su legalidad, siendo éste el origen de controversia a dirimir en los juzgados, con la intención de demostrar que se obligó al contratista al cumplimiento de un acto administrativo afectado de nulidad.

Este planteamiento puede considerarse fuera de todo contexto si se toma aisladamente, pero no lo es porque cuando una autoridad decide rescindir administrativamente un contrato de obra pública, sabe que si “observa” los procedimientos previamente establecidos, la rescisión administrativa, se presumirá legal y, por lo tanto, será ejecutable, con o sin el acuerdo del contratista.

Resulta entonces que la problemática se encuentra precisamente en esa presunción de legalidad que se le ha otorgado al acto administrativo en general.

Postura que no es contraria a lo que marca la fracción I del artículo 89 de la Constitución General, en el sentido de que faculta al Poder Ejecutivo, precisamente ejecutar las leyes

⁷ Vid. Íbidem, p. 283.

que expida el Congreso de la Unión a través de los actos administrativos.

Narciso Sánchez Gómez define a la ejecución de los actos administrativos diciendo que “se refiere a su cumplimiento, a respetar todos sus efectos de conformidad con la legislación respectiva.”⁸

Por lo que, el acto administrativo se ejecuta ya sea por voluntad del particular o forzosamente mediante el uso de la fuerza pública cuando éste se niegue a cumplirlo en los términos del propio documento que lo contiene.

Hay diversas formas para hacer efectivo su cumplimiento, entre otros, el decomiso, la clausura del negocio o establecimiento, y el embargo, que propiamente se dirigen a afectar los bienes de las personas; la vacunación obligatoria, algunos servicios públicos de carácter social, son aquéllos que afectan a la persona con la obligación de hacer; la demolición de construcciones, o terceras personas que asumen responsabilidad solidaria con el deudor principal de un tributo, estos actos son cumplidos por sujetos distintos del obligado; la requisición por necesidad pública en los casos de ocupación, entrega o modalidades de un bien determinado; la multa y el decomiso de bienes, que son propiamente sanciones; el arresto hasta por treinta y seis horas que es una medida de apremio; o el lanzamiento administrativo para el desalojo de los bienes del Estado; el uso de la fuerza pública para hacer respetar la determinación de la administración pública, y debemos considerarlo como el último de los recursos con la autoridad cuenta para hacerse obedecer.

Otro concepto es el de Rafael Ignacio Martínez Morales, para él, “... acto administrativo es ejecutivo, en tanto que se le supone válido (emitido conforme a la ley), lo que significa que es obligatorio. La ejecutividad consiste en una presunción de validez que implica la posibilidad y obligación de ejecutarse.”⁹

Queda claro entonces que el concepto de acto administrativo no puede apartarse de su principal característica, la ejecutoriedad.

⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. Primer Curso de Derecho Administrativo. Porrúa, México, 2005. p. 354.

⁹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. op. cit. p. 2006, p. 253.

En ese sentido, el artículo 8º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo señala que el acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso.

Requisito indispensable para que el acto administrativo pueda cumplirse por parte del particular o gobernado, es su notificación, ya sea de manera personal, por correo, por edictos o por estrados.

“En el acto administrativo ejecutividad significa que puede llevarse a efecto o hacerse efectivo por sí mismo... Apoya esta condición del acto un atributo que le es reconocido la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales, la presunción de legalidad. Salvo que el particular pruebe la ilegalidad del acto, éste goza de esa presunción que le da una especie de legitimación para que pueda ser ejecutado por la misma autoridad emisora de él. Nadie discute esta situación que se antoja como hacerse justicia por propia mano, lo que expresamente prohíbe la Constitución a toda persona (artículo 17).”¹⁰

Por lo anterior, la Administración Pública debe emitir sus actos administrativos con todos aquellos elementos que prueben desde su nacimiento su validez, legalidad y no quede en simple presunción; es decir, que su emisión se haga mediante un escrito que contenga un análisis técnico-jurídico y no una mera cita de las diversas disposiciones legales en que pretende su apoyo.

Lo anterior, considerando que el Código Civil en su LIBRO PRIMERO, TITULO SEGUNDO denominado “De las personas” en su artículo 25, fracción I y II establece: “Son personas morales: I. La Nación, los estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley...”

Así como lo que establece el artículo 17 constitucional al señalar que: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...”

¹⁰ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 306.

En esta tesitura, Nava Negrete dice que: “Cuando el acto administrativo es notificado al particular, la ley o el propio acto le da un tiempo o término para que lo cumpla (si el acto impone obligaciones, deberes o cargas, no si sólo derechos o beneficios) voluntariamente. Pero si transcurre ese lapso y el particular no lo acata, aparece la ejecutoriedad del acto, es decir, la autoridad obligará coercitivamente al particular para que cumpla con el mismo. Hace uso la autoridad de la llamada facultad económica-coactiva, que vence la voluntad del administrado.”¹¹

Por lo que, el acto administrativo se emite con la primera intención de que el particular lo cumpla de manera voluntaria, y en caso contrario, la Administración Pública cuenta con los medios legales necesarios para hacerse obedecer, y es cuando aparece la figura de la ejecutoriedad.

1.1.6 Efectos del acto administrativo

Ahora bien, respecto del momento en que el acto administrativo surte sus efectos, cabe decir que son dos aspectos básicos que lo determinan; el primero sucede cuando la ley administrativa específica el plazo o término a partir del cual el acto administrativo surte sus efectos, y el segundo, cuando el propio acto administrativo contenido en un oficio determina su fecha de vigencia, es decir, a partir de cuando dicho acto es obligatorio o ejecutable, que puede ser desde la fecha en que fue emitido.

Para que un acto administrativo surta sus efectos debe reunir todos sus elementos, a falta de alguno será un acto irregular. Por ello, el acto eficaz es aquel que los reúne produciendo todos sus efectos para los cuales fue creado. Dicha eficacia puede estar sujeta a que sea debidamente notificado, publicado, aceptado por el gobernado; esto es, que no lo combata por considerarlo ilegal; inscrito en algún registro, que esté marcado el término o plazo en el que deba cumplirse, ya que lo contrario puede ser suspendido por decisión de alguna autoridad jurisdiccional.

Al respecto, el artículo 9 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo es clara al

¹¹ Ídem.

señalar que: el acto administrativo válido será eficaz y exigible a partir de que surta efectos la notificación legalmente efectuada.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, el acto administrativo por el cual se otorgue un beneficio al particular, caso en el cual su cumplimiento será exigible por éste al órgano administrativo que lo emitió desde la fecha en que se dictó o aquella que tenga señalada para iniciar su vigencia; así como los casos en virtud de los cuales se realicen actos de inspección, investigación o vigilancia conforme a las disposiciones de ésta u otras leyes, los cuales son exigibles a partir de la fecha en que la administración pública federal los efectúe.

Dicho precepto abarca tres conceptos, el de validez, que se verifica en el momento en que el acto administrativo ha cubierto todos y cada uno de los requisitos legales; el concepto de eficacia, que consiste en el cumplimiento del acto mismo el cual lleva implícita la característica de coercibilidad; y, el concepto de exigibilidad o que es lo mismo de vigencia, esto es, que el acto administrativo es exigible toda vez que ha sido satisfecho todos y cada uno de los requisitos legales de existencia y validez.

El acto administrativo, como declaración de voluntad de una autoridad administrativa, puede crear, modificar, transmitir, reconocer, registrar o extinguir derechos obligaciones. Estos derechos y obligaciones son de carácter subjetivo, dirigidos a casos concretos.

“Dentro de la idea anterior está la creación de derechos, ya sean personales o reales. Se crearán derechos personales, por ejemplo, en el otorgamiento de una beca, el permiso de pesca; y habrá creación de derechos reales en la expropiación, en la regularización de las tierras. Lo normal es la creación de derechos personales y la excepción es la constitución de derechos reales.”¹²

La Ley establece que para que los actos administrativos como lo son decretos, acuerdos y circulares y otros de igual naturaleza produzcan sus efectos, deben ser publicados.

¹² MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. op. cit. p. 249.

El artículo 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece que los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación para que produzcan efectos jurídicos.

1.1.7 La rescisión administrativa como acto administrativo

La rescisión administrativa es un acto administrativo y produce todos sus efectos en el campo jurídico, una vez que es emitido por la dependencia o entidad correspondiente.

Rafael I. Martínez Morales define la rescisión como “... un medio de concluir un negocio jurídico bilateral, por incumplimiento de una de las partes o por alguna causa ajena a la voluntad de éstas; la parte que decide la rescisión no incurre en responsabilidad alguna...”¹³

Señala que es el medio para concluir un negocio jurídico bilateral, y que en la especie concuerda con la extinción del contrato de obra pública celebrado entre la contratante y el contratista.

Por su parte, Narciso Sánchez define la rescisión administrativa “... como forma de extinción de los actos administrativos, es oportuna verla en los contratos o convenios administrativos, y consiste en la facultad que tienen las partes en ese acto jurídico bilateral resolver o dar por terminadas sus obligaciones, en caso de incumplimiento de una de ellas, esta medida debe quedar plenamente señalada en una de las cláusulas que se contienen en el citado documento jurídico.”¹⁴

¹³ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. op. cit. p. 255.

¹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. op. cit. p. 357.

Esta definición es confusa, ya que habla de la rescisión administrativa como una forma de extinción de los actos administrativos, siendo en sí mismo un acto administrativo; por otro lado, dice que es oportuna en los contratos o convenios administrativos, lo que hace suponer que el contrato de obra pública es un acto administrativo, lo cual es un error porque es una forma de extinguir un contrato o convenio administrativo; finalmente, dice que es la facultad que tienen las partes de resolver o dar por terminadas sus obligaciones por incumplimiento. Más que dar por terminadas sus obligaciones, resuelven sobre ellas.

Ahora toca hablar del acto de autoridad para complementar el estudio de la rescisión administrativa como un acto de autoridad.

1.1.8 Concepto de autoridad

Para una oportuna comprensión del concepto de acto de autoridad, sirven de apoyo los siguientes criterios sustentados por nuestro máximo tribunal.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 80, Agosto de 1994

Tesis: VI.2º.J/286

Página: 61

ACTO, CONCEPTO DE. PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. De acuerdo con lo establecido por el artículo 103, fracción I, constitucional y el artículo 1º, fracción I, de la Ley de Amparo, la procedencia del juicio de garantías, se encuentra supeditada al hecho de que los actos que en el mismo se reclamen provengan de autoridad, debiendo entenderse por tal, no aquella que se encuentra constituida con ese carácter conforme a la ley, sino a la que dispone de la fuerza pública en virtud de circunstancias legales de hecho, y que por lo mismo esté en la posibilidad material de obrar como individuo que ejerza actos públicos, dictando resoluciones obligatorias para los gobernados, cuyo cumplimiento pueda ser

*exigible mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública.*¹⁵

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

Amparo en revisión 323/88. Máximo González Escobar. 23 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Baez Pérez.

Amparo en revisión 238/88. Jesús Mario Pineda Aguilar. 16 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispin Campos Ramírez.

Amparo directo 311/90. Ventura arenas Morales. 19 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Alvarez.

Amparo en revisión 356/93. Francisco González Flores. 31 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Waldo Guerrero Lázcares.

Queja 55/93. Trinidad Juan Pérez Zepeda. 29 de octubre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Guillermo Baéz Pérez.

AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO. Este Tribunal Pleno considera que debe interrumpirse el criterio que con el número 300 aparece publicado en la página 519 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1918, segunda Parte, que es del tenor

¹⁵ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Sexta Parte, página 61. **ACTO. CONCEPTO DE. PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO.** Amparo en revisión 323/88. 23 de Noviembre de 1988. Unanimidad de Votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen.

siguiente: “AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. El término 'autoridades' para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, están en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser público la fuerza de que disponen.”, cuyo primer precedente data de 1919, dado que la realidad en que se aplica ha sufrido cambios, lo que obliga a esta Suprema Corte de Justicia, máximo interprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a modificar sus criterios ajustándolos al momento actual. En efecto, las atribuciones del Estado Mexicano se han incrementado con el curso del tiempo, y de un Estado de Derecho pasamos a un Estado social de derecho con una creciente intervención de los entes públicos en diversas actividades, lo que ha motivado cambios constitucionales que dan paso a la llamada rectoría del Estado en materia económica, que a su vez modificó la estructura estatal, y gestó la llamada administración paraestatal formada por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, que indudablemente escapan al concepto tradicional de autoridad establecido en el criterio ya citado. Por ello, la aplicación generalizada de éste en la actualidad conduce a la indefensión de los gobernados, pues estos organismos en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no la fuerza pública, con fundamento en una norma legal pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados, sin la necesidad de acudir a los órganos judiciales ni del consejo de la voluntad del afectado. Esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. Por ello, este tribunal Pleno considera que el criterio supra citado no puede ser aplicado actualmente en forma indiscriminada sino que debe atenderse a las particularidades de la especie o del acto mismo; por ello, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar

*decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades.*¹⁶

Amparo en revisión 1195/92. Julio Oscar Trasvia Aguilar. 14 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ausente: Humberto Romn Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diez de febrero en curso, aprobó, con el número XXVII/97, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Nota: esta tesis interrumpe el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial número 300, de rubro: "AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO", publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1918, Segunda Parte, página 519.

Por lo tanto, el acto de autoridad es el que ejecutan las autoridades actuando en forma individualizada, por medio de facultades decisorias y el uso de la fuerza pública con base en disposiciones legales o de facto que pretenden imponer obligaciones, modificar las existentes o limitar los derechos de los particulares.

Que no son únicamente los que emiten las autoridades establecidas de conformidad por las leyes, sino también por aquellas autoridades que de hecho se encuentran en la posibilidad material de obrar como individuos que expidan actos públicos.

Consecuentemente, la actividad en un Estado de Derecho se realiza a través de la emisión de actos de autoridad por medio de sus órganos fundamentales en la esfera legislativa, ejecutiva y judicial.

¹⁶ Semanario Judicial de la Federación, Tribunal del Pleno, Novena Época, Quinta Parte, página: 118. AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Amparo en revisión 1195/92. 14 de Noviembre de 1996. Unanimidad de diez votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro.

1.1.9 Concepto de acto de autoridad

De manera general, es todo acto que proviene de cualquier órgano de la Administración Pública Federal Centralizada, de los Organismos Descentralizados de la Administración Pública Federal Paraestatal; que tiene como elementos característicos la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

A través de él, se manifiesta el poder de gobierno. La unilateralidad implica que para la existencia del acto de autoridad es suficiente la voluntad del órgano competente que lo emite o realiza, sin necesidad del consentimiento del particular o gobernado hacia quien el acto se dirige. Este elemento permite distinguir el acto de autoridad de los actos que suelen concertar los órganos del Estado con la concurrencia de los particulares o gobernados y que generalmente se traducen en contratos de carácter administrativo. El elemento de imperatividad otorga al acto de autoridad su carácter de acto de imperio en el que la voluntad del Estado, externada al través del órgano respectivo, se encuentra en una situación de hegemonía frente a la del particular o gobernado, cuya voluntad y conducta es subordinada o supeditada. La coercitividad consiste en la capacidad inherente a todo acto de autoridad para hacerse obedecer coactivamente por el sujeto a quien se dirige, incluso mediante la fuerza pública y sanciones de diversa especie. Por consiguiente, el acto de autoridad es coercitivo y la conducta del gobernado coercible y expresa un acto de gobierno o de imperio propio del poder público del Estado.

En hipótesis excepcionales también suele registrarse el acto de autoridad, con los elementos característicos señalados, cuando proviene de alguna entidad paraestatal, bajo la condición de que la Ley obligue a los órganos estatales centralizados del poder público a ejecutarlo coactivamente sin facultad para evaluarlo o cuestionarlo.

Todo acto de autoridad consta de dos elementos a saber, el motivo determinante que son las causas, razones, factores o circunstancias que lo determinan; y el sentido de afectación que es la manera como el acto agravia al gobernado en sus derechos o intereses jurídicos.

La ley establece que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado, encontrando su fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e interpretado en las siguientes tesis.

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario además que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.¹⁷

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Mayo de 2006

Tesis: I.4o.A. J/43

Página: 1531

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el "para qué" de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro

¹⁷ Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Séptima Época, Tomo III, Parte SCJN, Tesis 73, página: 52. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. Apéndice 1995.

para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción.¹⁸

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 447/2005. Bruno López Castro. 1o. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

Amparo en revisión 631/2005. Jesús Guillermo Mosqueda Martínez. 1o. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez.

Amparo directo 400/2005. Pemex Exploración y Producción. 9 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Ángela Alvarado Morales.

Amparo directo 27/2006. Arturo Alarcón Carrillo. 15 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis I.4º. A. J/43, Página: 1531. FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTIA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISION. Amparo directo 447/2005. Bruno López Castro. 1º de Febrero de 2006. Unanimidad de Votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit.

Márquez Velasco.

Amparo en revisión 78/2006. Juan Alcántara Gutiérrez. 1o. de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

Este criterio sirve para apoyar la idea de que cuando la Administración Pública rescinde administrativamente un contrato de obra pública, se limita únicamente a señalar el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, como fundamento legal de su proceder, relacionándolo con el contrato correspondiente, pero no motiva su acto administrativo porque no proporciona las circunstancias que lo sustentan, esto es, dicho precepto señala las hipótesis que deben verificarse para considerar el incumplimiento de la contratista a sus obligaciones contractuales, y de lo que carece dicho acto de autoridad es de la debida fundamentación y motivación.

Por lo tanto, una rescisión administrativa que no se encuentra debidamente fundada ni motivada, es contraria a las disposiciones contenidas en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas, y por ese solo hecho, al ejercer la acción correspondiente procede su nulidad.

1.1.10 Elementos y efectos del acto de autoridad

Los elementos esenciales de todo acto de autoridad son los siguientes:

a) Sujetos.

El primero de ellos es la autoridad administrativa (o ejecutiva o judicial) competente, es decir, facultada por la ley o con potestad fundada en la ley para emitir un acto de autoridad de manera unilateral, con carácter ejecutivo.

El segundo, es el particular o gobernado a quien está enfocada la ejecución de dicho acto, es decir, a quien va a afectar la ejecución del acto de autoridad emitido.

b) Objeto.

El acto de autoridad emitido con la intención de crear, modificar o extinguir una situación jurídica en particular.

c) Unilateralidad.

Significa que es suficiente la voluntad de la autoridad que lo emite para que así suceda, sin la necesidad del consentimiento previo del particular a quien está dirigido.

d) Imperatividad.

Es la característica esencial del acto de autoridad que le da esa fuerza de acto de imperio, ya que la voluntad y conducta del particular, se encuentra supeditada o subordinada.

e) Coercitividad.

Significa que todo acto de autoridad es por sí solo obligatorio para el particular, es decir, en caso de incumplimiento la autoridad emisora lo hará cumplir porque la voluntad del particular es coercible ante él.

f) Motivo.

La circunstancia que incitó a la autoridad o tomar la decisión de emitir un acto de autoridad.

g) Fundamento.

La disposición jurídica que lo obliga o lo faculta a decidir sobre las tareas encomendadas al Estado en forma de facultades.

Indudablemente que tratándose de un acto jurídico emitido por una autoridad y que se presume legal, porque reúne los requisitos que la ley establece producirá sus efectos, que pueden consistir en hacer o no hacer lo que se determina en el papel a través del cual se dio a conocer la facultad de dicha autoridad, que de ser necesario serán producidos de manera forzosamente, ocasionando un cambio en la esfera jurídica del gobernado.

1.1.11 La rescisión administrativa como acto de autoridad

La rescisión administrativa constituye un acto administrativo por naturaleza, clasificado como un acto de autoridad, que deriva de un aspecto previo como lo es la celebración del contrato de obra pública; es decir, la autoridad cumple con lo que la ley le ordena en materia de obra pública que se entiende es satisfacer el interés general.

En consecuencia, al producirse alguna de las hipótesis contempladas por la propia ley para determinar rescindir administrativamente un contrato de obra pública, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia como consecuencia se produce el desalojo las instalaciones o lugar de trabajo en que se lleva la obra pública.

1.2 NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El siguiente tema es el de la nulidad del acto administrativo, y para ello es necesario mencionar en primer término a los actos irregulares y los actos inexistentes, que dan como resultado que los actos administrativos sean nulos o anulables.

Narciso Sánchez Gómez nos dice que: "... todas las irregularidades de los actos administrativos se encargan de propiciar su ilegalidad, en este sentido, los vicios de un acto administrativo pueden darse por la inobservancia de las normas que lo rigen, por ser expedido por autoridad incompetente, por violaciones a las normas del procedimiento que lo rigen, por desvío de poder, desproporción o injusticia manifiesta, etc., por falta de fundamentación y de motivación."¹⁹

¹⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. op. cit. p. 359.

Resulta entonces que la irregularidad de un acto administrativo deriva de manera genérica, de un vicio por la inobservancia de la ley, como refiere Fernández Ruiz al decir que: "... las irregularidades son defectos o vicios de un acto administrativo, al carecer de uno de sus elementos o requisitos o ser éstos inadecuados; la ineficacia se refiere a la falta de realización de un acto, es decir, el no producir los efectos para los cuales fue creado."²⁰

En otras palabras, la ley establece ciertos requisitos que deben cumplirse, la falta de alguno de ellos provoca que el acto administrativo sea irregular.

En este sentido, Gabino Fraga comenta que pueden ser varias las causas o motivos que dan pauta a que un acto sea irregular, por ejemplo, que el acto se haya realizado por error, dolo o violencia; que al ser la "forma" una solemnidad y aquella se omite, la omisión de dicha forma constituye una causa de inexistencia, y en otros casos implica solo una irregularidad.

Es oportuno citar el artículo 5º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que a la letra dice:

Artículo 5.- La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el artículo 3 de esta Ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo.

Por lo tanto, en México la sanción a un acto administrativo irregular puede ser según sea el caso, nulidad absoluta o anulabilidad.

Al respecto, cabe recordar que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 8º establece que el acto administrativo será válido hasta en tanto su invalidez no haya sido declarada por la autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso, citado anteriormente.

²⁰ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. op. cit. p. 257.

Ligado a este tema se encuentra la inexistencia del acto que puede decirse está fuera del orden jurídico, es decir, el acto inexistente no está dentro del orden jurídico, no se apoya en normas legislativas ni constitucionales.

En este sentido, el Código Civil Federal señala en sus artículos 2224 y 2226 lo siguiente:

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Es decir, que aunque puede existir como un hecho al no contar con los elementos esenciales de consentimiento u objeto, simplemente no producirá efectos jurídicos.

Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Como se observa, el artículo 2224 del Código Civil y el artículo 8º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, tienen el mismo espíritu que es el de evitar absurdos legales. Ante un acto jurídicamente inexistente, no cabe mayor tratamiento.

Ahora bien, se pueden distinguir dos tipos de actos viciados, los ilícitos y los inválidos; la Administración Pública siempre tiene que actuar dentro de la esfera de su competencia evitando con ello invadir de alguna forma la esfera jurídica de los particulares. En este sentido, la autoridad administrativa no puede hacer valer una facultad que el ordenamiento no le conceda. Cualquiera que sea el caso, ya sea que se trate de un acto ilícito o un acto inválido, se trata de un acto lesivo a los derechos de los particulares.

En ocasiones la actividad de la Administración Pública está condicionada expresamente por la ley; mientras que en otras, tiene cierta libertad de acción en cuanto al contenido del acto, en el primer caso estamos hablando de una actividad reglada, y en el segundo, de

una actividad discrecional.

Alfonso Nava Negrete dice que: “Parécenos que la conocida teoría de las nulidades del derecho civil es o debiera ser patrimonio de todo acto jurídico y no sólo de los civiles. Su arquitectura principal sirve cuando menos al acto administrativo, al margen de algunas modalidades.

Como todo acto jurídico, el administrativo, según vimos. Tiene elementos esenciales, la falta de alguno origina su inexistencia jurídica, no produce sus efectos jurídicos. Es lo que se alega todos los días ante los tribunales: actos dictados por órganos administrativos que no están creados por ley alguna o por otros ordenamientos generales, reglamentos, decretos, acuerdos; actos que no tienen objeto por no estar precisados o definidos — como la orden de visita fiscal que no especifica los impuestos o contribuciones del contribuyente que deban revisarse—; actos sin motivo, es decir que no se apoyan en hechos o situaciones reales — como la cláusula de un establecimiento comercial que, sin permiso, se dedica a producir zapatos—; actos sin fin previsto en la ley — como imponer una multa sin propósitos sancionadores o correctivos—, etcétera.

Acreditada la inexistencia de un elemento esencial, el tribunal dictará sentencia declarando la nulidad del acto que no reconoce legalidad alguna a cualquier efecto del tal acto.”²¹

Lo anterior es a manera de introducción al tema de la nulidad absoluta y la anulabilidad del acto administrativo.

1.2.1 Teoría de la nulidad del acto administrativo.

Narciso Sánchez Gómez dice que: “La posibilidad de la administración de ejecutar directamente sus propios actos tiene sólidos fundamentos legales, para que de esta forma no se obstaculice la marcha en las funciones el Estado. El acto administrativo constituye un instrumento público y como tal se presume válido y hace prueba plena

²¹ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 309 y 310.

hasta en tanto no se demuestre lo contrario, por consiguiente es lógico que debe cumplirse a pesar de las impugnaciones que se formulen en su contra, máxime que su ejecución tiende a satisfacer necesidades públicas."²²

El acto administrativo efectivamente debe ser válido, puesto que la autoridad debe actuar siempre en cumplimiento a lo que la ley le ordena, pero en aras de lograr la satisfacción del interés público en ocasiones se transgrede el verdadero sentido de la ley; por ejemplo, en el caso de la rescisión administrativa del contrato de obra pública no siempre está fundada ni motivada su determinación.

“El primer problema que en esta materia surge es el de si basta la existencia de ese vicio para que se considere nulo el acto. Como el acto viciado es un acto contrario a la ley, cabe preguntar si es aplicable el precepto contenido en el artículo 8º del Código Civil Federal, que dispone que 'los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público' serán nulos excepto, en los casos en que la ley ordene lo contrario.”²³

Esto es que, la sanción a los actos irregulares debe ser la nulidad absoluta, la cual puede ser invocada por todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Eduardo García de Enterría dice que: “La primera diferencia a resaltar dentro del campo propio del Derecho Administrativo es el del respectivo ámbito reservado a las dos categorías básicas de invalidez: nulidad absoluta y anulabilidad. En Derecho común la regla general delimitadora de ambos tipos partía del principio establecido tradicionalmente en el antiguo texto del artículo 4 CC (hoy art. 63, de redacción más matizada), según el cual se consideraban nulos los actos contrarios a la Ley. La sanción general aplicable al acto contrario a la Ley era, pues, la de nulidad absoluta y, a partir de esta base, el legislador depuraba caso por caso los supuestos de invalidez, estableciendo expresamente sanciones más débiles en supuestos concretos, atendidas las circunstancias de los mismos. En el Derecho Administrativo, por el contrario, las exigencias al actuar de la Administración, orientado, por principio, hacia la consecución de un resultado conforme al interés público, impone, como sabemos, la regla opuesta,

²² SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. op. cit. p. 355.

²³ FRAGA, Gabino. Op. cit. p. 296.

esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas, a partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante, pero de signo contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza cobertura del interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional.”²⁴

Es decir, que dependiendo de la gravedad de la irregularidad de que adoleciera el acto debía corresponderle ya sea su nulidad o su anulabilidad. Pero para Gabino Fraga, es imposible aceptar en el Derecho Administrativo la separación de dos clases de nulidades, la absoluta y la relativa ya que a su modo de ver existen variadas sanciones a los actos administrativos irregulares, los cuales pueden carecer de algún elemento o alguno de sus elementos estar afectado por algún vicio.

Para ello, se apoya en Garrido Falla ya que dice que: “... rechaza la aplicación de ésta a los actos administrativos irregulares, pues sostiene que 'además de que todo acto administrativo viciado lo es porque se ha realizado en contra de la ley y entonces no habría que pensar, como lo hace la doctrina, en diferentes sanciones pues en todo caso la única sanción sería la nulidad absoluta... es justamente el límite que la ley impone a la esfera de disponibilidad jurídica privada, a la autonomía de la voluntad'... Precisamente por esto la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público lo cual no es el caso cuando la Administración actúa.”²⁵

En esta tesitura, la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal en su artículo 2º fracción XXI nos dice qué debemos entender por nulidad:

“Artículo 2.- Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, et. al. Curso de Derecho Administrativo I, novena edición, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 1999. p. 601.

²⁵ FRAGA, Gabino. op. cit. p. 296.

XXI. Nulidad: Declaración emanada del órgano competente, en el sentido de que un acto administrativo no cumple con los elementos de validez que se establecen en esta ley y por lo tanto no genera efectos jurídicos;...”

Hay que anotar que se refiere a los elementos de validez, mas no a elementos esenciales y de existencia que analiza la doctrina.

El planteamiento de la teoría de la nulidad parte de la idea de que al darse los casos de actos administrativos irregulares, según algunos estudiosos del Derecho que sostienen que dependiendo de su gravedad, le corresponderá su sanción, ya sea la nulidad absoluta, o la nulidad relativa o anulabilidad, en México, la Doctrina refiere que todo acto administrativo se presume válido hasta que se demuestra lo contrario, y en ese sentido la ley determina cuál será su sanción.

1.2.2. Causas de nulidad del acto administrativo

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su Título Segundo “Del Régimen Jurídico de los Actos Administrativos”, Capítulo Segundo “De la nulidad y anulabilidad del Acto Administrativo”, artículos 5º y 6º establecen como causas de nulidad del acto administrativo las siguientes:

Artículo 5.- La omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el artículo 3 de esta ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo.

Es decir, debe atenderse para declarar la nulidad o anulabilidad del acto administrativo, si se omite algún elemento o requisito, o si cualquiera de éstos resulta irregular.

En el caso concreto, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 15, párrafo quinto establece que: Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

Por lo que hace necesario una adecuada y correcta interpretación de la Ley.

Al respecto, Alfonso Nava Negrete comenta: “En este caso, los efectos producidos carecen de validez desde que nace el acto y no desde que lo declara la autoridad... Desde que se da el supuesto de tal nulidad, se produce ipso jure y la declaratoria de la autoridad sólo corrobora lo que prevé la ley. Es por efecto de la ley que el acto es nulo y no por la declaratoria en sí de la autoridad.”²⁶

Lo cual tiene apoyo en la siguiente tesis:

NULIDAD, NO EXISTE DE PLENO DERECHO. Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos y previo al procedimiento formal correspondiente.²⁷

Segundo Tribunal colegiado del Sexto Circuito. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tesis 886, p. 608.

Octava Época:

- Amparo en revisión 532/91. Javier Ramírez Maldonado y otro. 26 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

- Amparo en revisión 63/92. Ambrosio Saloma García. 11 de febrero de 1002. Unanimidad de votos.

- Amparo directo 72/92. Salvador Macías Acevedo. 11 de marzo de 1992. Unanimidad de votos.

²⁶ NAVA NEGRETE, Alfonso. op. cit. p. 311.

²⁷ Semanario Judicial de la Federación. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Octava Época, página: 608. **NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.** Amparo en revisión 532/91. Javier Ramírez Maldonado y otro. 26 de Noviembre de 1991. Unanimidad de Votos.

- *Amparo directo 208/92. Gregoria Morales Aguilar. 29 de mayo de 1992. Unanimidad de votos.*

- *Amparo en revisión 262/92. Santiago Morales Osornio. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.*

Tesis VI-2.- J/222, Gaceta núm. 59 p. 67; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo X, noviembre, p. 173.

Por su parte el artículo 6º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en lo conducente, establece como causas de nulidad del acto administrativo la omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos o requisitos establecidos en las fracciones I a X del artículo 3 de la presente ley, producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por él mismo.

En este orden de ideas, el artículo 87 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece que la resolución que emita la Contraloría tendrá como consecuencia:

- I. La nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a esta ley;
- II. La nulidad total del procedimiento, o
- III. La declaración relativa a lo infundado de la inconformidad.
- IV. Las directrices para que el contrato se firme.

En resumen, dicho precepto establece como sanciones la nulidad absoluta del acto irregular; la nulidad total de un procedimiento de inconformidad; y por lo que hace a realizar aquello necesario para que el respectivo contrato se firme, estamos entonces ante la presencia de la hipótesis que plantean algunos autores en la teoría de la nulidad, en el sentido de que dependiendo del interés social que se persiga será entonces la

sanción que reciba el acto administrativo irregular.

1.2.3 Efectos de la nulidad del acto administrativo

Los efectos de la nulidad absoluta de los actos administrativos son inmediatos, sin que sea óbice de ello la declaración de la autoridad competente; esto es, el acto administrativo es nulo cuando carece, omite o padece alguna irregularidad de cualquiera de los elementos exigidos por la ley, lo que implica que éste no produzca efectos jurídicos y en caso de haber producido provisionalmente, de hecho o de derecho, éstos una vez declarada la nulidad serán destruidos retroactivamente por virtud de la declaración judicial.

Al respecto Eduardo García de Enterría dice que “el efecto inmediato de la nulidad supone, que el acto es ineficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez, a quien, en todo caso puede pedirse una declaración de nulidad en el supuesto de que sea necesario para destruir la apariencia creada o para vencer la eventual resistencia de un tercero...”

El carácter general o erga omnes de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta en contra y a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, aun sin que medie petición de parte, el juez puede y debe apreciarla ex officio por su propia iniciativa, y ello, además, en cualquier momento, porque, dada su naturaleza, la acción no se extingue ni por caducidad, ni por prescripción.”²⁸

Es decir, que el particular afectado no debe conformarse con que se conozca la nulidad absoluta del acto administrativo, que sepa que no produce efectos jurídicos, sino que con ese carácter de particular afectado inste los recursos pertinentes para salvaguardar o restituir aquello que pudo haber perdido o que perdió como consecuencia de la modificación de la realidad.

Para Nava Negrete, los efectos producidos por un acto con la nulidad absoluta son

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. op. cit. p. 600.

producidos retroactivamente desde que la autoridad competente la declara.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su parte conducente del artículo 15: “...Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.”

A manera de resumen podemos decir que los efectos de la nulidad absoluta (en atención a nuestro marco jurídico) son:

1. Carecen de validez desde su origen, y se conoce a partir de la declaración de nulidad del acto que realiza la autoridad competente.
2. Lo anterior implica la retroactividad de todos aquellos efectos que pudieran haberse tenido por producidos.
3. La nulidad no tiene prescripción ni caducidad como acción ejercida, y por tal motivo se puede solicitar en cualquier momento.
4. Al hablar de acto administrativo nos referimos a un acto jurídico de carácter público, y por tanto, cualquier persona puede solicitar su nulidad, ya sea que tenga directamente el carácter de afectado o no.
5. El acto administrativo nulo, se presume no legítimo y por lo mismo no es ejecutable, lo que acarrea que la autoridad que lo emitió u ordenó no puede exigir de él su cumplimiento, es decir, en caso de incumplimiento por parte del gobernado, no puede hacer uso de la coercitividad.
6. El particular no está obligado a su cumplimiento.
7. En caso de ser imposible, de hecho o de derecho, reparables sus consecuencias, dará lugar al resarcimiento o reparación del daño a opción del afectado.

8. No es subsanable, salvo los casos que prevea la ley.

En el caso de la rescisión administrativa una vez declarada nula, la Administración Pública deja en un estado incierto la culminación de la obra pública contratada, sujeta a decisiones a veces irresponsables y con lo que deja de satisfacer el interés general.

1.2.4 Autoridad competente para declarar la nulidad del acto administrativo

Doctrinalmente hablando existen cuatro tipos de nulidad del acto administrativo, la nulidad de pleno derecho, cuando el acto es emitido en contra de una ley prohibitiva; la nulidad absoluta cuando el acto es emitido violando la ley que lo contempla; la nulidad relativa cuando viola la ley que lo contempla pero que es subsanable; y la anulabilidad del acto cuando produce parcialmente sus efectos y puede ser anulado.

En el primer caso, la ley misma es la que establece la nulidad del acto de pleno derecho, pero nuestro derecho positivo mexicano no lo acepta, ya que es necesario la declaración judicial.

La nulidad absoluta es pronunciada tomando en cuenta lo que la ley disponga, es decir, cuando la ley contempla que en caso de nulidad, ésta será declarada por la autoridad jerárquicamente superior a la que emitió u ordenó el acto, así será. Cuando no exista disposición expresa se acudirá al procedimiento contencioso administrativo. Y en algunos casos, las disposiciones administrativas dan a elegir al afectado para que acuda a través del procedimiento contencioso administrativo o en la vía jurisdiccional.

Como ejemplo, el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo párrafo primero señala: “Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelva un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda”.

Por su parte, el artículo 88 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las

Mismas establece: “En contra de la resolución de inconformidad que dicte la Contraloría, se podrá interponer el recurso que establece la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, impugnarla ante las instancias jurisdiccionales competentes”.

Es decir, que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone que la nulidad de un acto de autoridad regulado por ella, necesita la declaración judicial, porque lo que se busca es destruir los efectos que en todo caso se hayan producido de manera temporal.

1.2.5 Nulidad de la rescisión administrativa

La rescisión administrativa del contrato de obra pública es emitida por autoridad facultada para ello, que puede ser una dependencia o entidad pero que desafortunadamente en gran número de ocasiones carece de la debida fundamentación y motivación.

En este contexto, cuando la rescisión administrativa del contrato de obra pública carece, omite o tiene alguna irregularidad de sus elementos de validez, por ejemplo, si se demuestra dentro del procedimiento rescisorio que el argumento de la contratante de incumplimiento por causas imputables a la contratista no se acredita, será procedente declarar su nulidad.

Esto es, aún y cuando la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, contiene un procedimiento administrativo a seguir en caso de determinar procedente la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, es ineficaz ya que invariablemente, el contratista, al no estar de acuerdo en su aplicación, tanto en su forma como por su causa, demandará su nulidad; consecuentemente, resulta obsoleto dicho procedimiento rescisorio, porque no cumple con su finalidad de no obstaculizar la actividad administrativa de la Administración Pública. Pero por el contrario, si afecta la actividad del sector privado en esa materia, que de alguna manera también constituye parte de la finalidad del Estado de satisfacer el interés público que se traduce en mantener y procurar una economía estable y sustentada en el desarrollo y constante

crecimiento.

1.2.6 ¿Qué es la anulabilidad?

Eduardo García habla de anulabilidad o nulidad relativa, cuyos efectos sobre el acto administrativo son mucho más limitados que los de la nulidad absoluta. Al afirmar que: “Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos supuestos, el o los afectados por un acto anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El in ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento, sin más que subsanar la infracción legal cometida.”²⁹

En el mismo sentido, se pronuncia nuestro derecho, tal y como se puede apreciar en lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que establece que la omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las fracciones XII y XVI del artículo 3 de esta Ley, producirá la anulabilidad del acto administrativo.

El acto administrativo anulable se considerará válido; gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad; y será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto, y, tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo.

Es entonces cuando aparece la figura del saneamiento del acto administrativo anulable, el cual producirá efectos retroactivos y el acto se considerará como si siempre hubiera sido válido.

²⁹ Ídem.

La anulabilidad es entonces, el riesgo que sufre un acto administrativo de ser sancionado por carecer de algún elemento que lo haga un acto inválido, es decir, que se puede anular mas no dejar de producir sus efectos.

En otras palabras, un acto administrativo puede ser anulado, lo que significa que se presume válido y legal pero que al detectarse una irregularidad que la misma ley sanciona basta que se inste a petición de parte dentro de un plazo previamente establecido para que produzca sus efectos, por lo tanto, el acto administrativo anulado puede ser convalidado.

1.2.7 Causas de la anulabilidad del acto administrativo

De acuerdo a la doctrina las causas de anulabilidad son por vicios del consentimiento ya sea por violencia, error, dolo o lesión.

En nuestra legislación, son causas de anulabilidad del acto administrativo la omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las fracciones XII a la XVI del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es decir, en la omisión o irregularidad de ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas; ser emitido señalando lugar y fecha de emisión; tratándose de actos administrativos que deban de notificarse, se deberá mencionar la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente correspondiente; si se trata de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que en su caso procedan; y expedirse mencionando expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Para Nava Negrete prácticamente no hay diferencia entre la nulidad absoluta y la anulabilidad o nulidad relativa, así llamada por la doctrina, ya que únicamente se distinguen por los supuestos que para cada caso previene la ley, así como los efectos de la nulidad que se declare, es decir, desde este punto de vista, depende de la gravedad que se ha determinado a cada omisión, vicio o irregularidad en los elementos del acto

administrativo.

1.2.8 Efectos de la anulabilidad del acto administrativo

Los efectos de la anulabilidad del acto administrativo se dan bajo tres supuestos, el primero se presenta cuando el acto administrativo no es anulado en tiempo en el que produce sus efectos; el segundo, es cuando la parte interesada ejercita la acción dentro del término establecido por la ley, esto es, dicha acción tiene caducidad y la autoridad competente declara anulable el acto, momento a partir del cual la anulación produce sus efectos que hace que los producidos por el acto viciado sean de manera retroactiva, esto es, la nulidad no es inmediata; y el tercer supuesto se presenta si el interesado no ejercita esa acción y por el sólo transcurso del tiempo se convalida y produce todos sus efectos legales como si siempre hubiera sido perfecto, válido y eficaz.

Por eso Eduardo García afirma que “la presunción de validez de los actos administrativos se traduce en un principio favorable a la conservación de los mismos. Por lo tanto, los actos administrativos anulables pueden ser convalidados por la Administración subsanando los vicios de que adolezca.”³⁰

De ahí lo que en doctrina se conoce como principio de conservación y que muy bien lo explica el maestro Rafael Entrena Cuesta.

“El Principio de conservación de los negocios jurídicos, ampliamente recogido en el Derecho privado, es de aplicación al campo del Derecho Administrativo y debe considerarse incluido en el precepto según el cual la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia (art. 29, I, L. P. A). En base a dicho principio, se recogen en cuanto a la invalidez de los actos que estudiamos las figuras de la convalidación... de actos inválidos.

a) La convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud del acto anulable adquiere plena validez.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. op. cit. p. 636.

a) El hecho jurídico que determina la convalidación es el transcurso del tiempo:

1. En el caso de las personas afectadas por el acto, será el transcurso del tiempo dentro del cual podrán interponer el recurso pertinente, sin interponer dicho recurso.
2. En el de la Administración, el plazo de cuatro años de que dispone para declarar la anulación del oficio, si se trata de la Administración Central (art. 110, 2, L.P.A.) o de aquel en que podría impugnar su propio acto previa declaración de lesividad.

En ambos supuestos, la convalidación obedece a la caducidad de la potestad de accionar o de anular los actos propios, por lo que puede ser enervada mediante la interposición del recurso o la anulación dentro de plazo.

b) Las declaraciones administrativas en cuya virtud se convalidan los actos anulables tienen el carácter discrecional y adoptan la forma de ratificación o confirmación, o de subsanación.”³¹

El tema de la nulidad absoluta y la anulabilidad se resume en los siguientes puntos:

- 1.- El acto administrativo es válido mientras no se impugne.
- 2.- La nulidad absoluta es el carácter declarativo de la sentencia, que pone fin a una controversia en esa materia, pero que no modifica la realidad jurídica ni agrega nada al mundo del Derecho, sino únicamente despeja una incertidumbre o destruye una apariencia engañosa, ya que lo que se pensaba era un acto administrativo con presunción de legalidad, en realidad carece de ella.

Por el contrario, cuando el juez emita una sentencia declarando la anulabilidad del acto administrativo, está modificando la realidad jurídica y siempre es necesario ejercitar la acción correspondiente.

³¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, Volumen I/1, novena edición, “Conceptos, Fuentes, Relación Jurídico-Administrativa y Justicia Administrativa, Tecnos, Madrid, 1992. p. 259.

3.- En el caso de que la rescisión administrativa de un contrato de obra pública sea declarada en contra de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es procedente su nulidad absoluta, previa declaración de la autoridad competente.

4.- La nulidad absoluta deriva de la naturaleza de las cosas y no necesita de una regulación legal ya que es solo un fenómeno de negación, por su parte, la anulabilidad es una creación legal sujeta a ciertas condiciones o régimen jurídico. Por otro lado, la nulidad absoluta provoca que las cosas vuelvan a la normalidad y la anulabilidad las modifica, esto es, la nulidad absoluta es la ineficacia total.

5.- Es necesario tener claro que la legitimación para demandar la nulidad absoluta del acto administrativo viciado, por ejemplo, de la rescisión administrativa, implica que no importa quién la interponga porque la nulidad absoluta es inherente a dicho acto, y por lo tanto, quien la demande vencerá en juicio.

6.- La acción para demandar la nulidad absoluta no es necesaria para tener al acto administrativo como un acto nulo, y esta característica de inmunidad al paso del tiempo implica que la acción declarativa de nulidad absoluta es imprescriptible.

7.- La nulidad absoluta se estudia de oficio por el juez que la declara sin que sea óbice entrar al fondo del asunto; en el caso de la anulabilidad no lo hará hasta que la parte legitimada la invoque.

8.- Por lo tanto, la rescisión administrativa debe declararse nula cuando no esté debidamente fundada ni motivada, toda vez que la autoridad emisora lo hizo en contra de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

9.- La anulabilidad ayuda a la protección del interés de los particulares, mientras que la nulidad es apoyo del interés público, siendo su principal diferencia.

10.- La disponibilidad de la ineficacia define a la anulabilidad, más que la disponibilidad

del interés protegido por la norma.

11.- En atención al problema se invocará la nulidad absoluta o la anulabilidad.

12.- Cuando se dice que el acto administrativo es anulable, lo es para todos, pero no por todos, ya que un contrato anulado es a instancia de quien está legitimado para ello y nulo para todos.

13.- La anulabilidad al tener carácter provisional trae como consecuencia que la acción tendente a anular el acto administrativo sea prescriptible, ya que de lo contrario, supondría una grave quiebra de la seguridad de los derechos de los particulares al prolongarse de forma indefinida una cuestión provisional; por lo tanto, la anulabilidad, ya sea como un derecho o como una acción, resulta de carácter temporal.

14.- La convalidación significa que las causas de la anulabilidad deben consistir en vicios no esenciales, salvables y ajenos a toda idea de ilicitud, en virtud de que, su finalidad es confirmar el acto administrativo, además la convalidación es una facultad del legislador y no de las partes.

CAPÍTULO 2

ETAPA PRECONTRACTUAL

2.1. FASES PREVIAS AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Las etapas que se llevan a cabo de manera previa para la celebración de un contrato de obra pública son, por un lado, aquéllas que se refieren al aspecto económico, financiero, político y social de la entidad o dependencia que pretende contratar obra pública para satisfacer el interés general; y por la otra, los aspectos técnicos y jurídicos que nos llevan a perfeccionar dicho contrato.

2.1.1 Planeación.

La primera etapa es la Planeación. Cabe mencionar que esta primera etapa de planeación está íntimamente vinculado con las siguientes dos etapas que son la programación y la presupuestación, pues bien, será en ese orden su tratamiento, pues como dice Canals Arenas: “La planeación, la programación y presupuestación tienden a que la ejecución de las obras se oriente a objetivos, prioridades y metas, justificando su realización y apreciando su impacto y beneficios.”³²

Existen dos diferencias fundamentales entre la administración pública y la administración privada, radica principalmente en que el particular puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley, y la autoridad, entendiéndola como la Administración Pública, solo puede hacer todo aquello que la ley le permita o exija, pero sobre todo, que tiene el deber de prestar un servicio público sin perseguir ningún lucro.

Asimismo, existen varias corrientes que estudian la Administración Pública y por lo mismo no hay un criterio uniforme, por lo que es necesario conocer los siguientes conceptos:

La planeación “consiste en identificar los objetivos generales de una institución o de un conjunto de instituciones, a corto, mediano y largo plazo; definir las políticas o estrategias

³² CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública. Trillas, México, 1991, p. 131.

para alcanzar esos objetivos; ordenarlos de acuerdo a lo prioritario; establecer el marco normativo dentro del cual se desenvuelven las acciones de la institución y dar las bases para poder realizar las otras funciones generales de la administración (organización y control).”³³

En la planeación, los recursos económicos del país no sólo se sustentan en dinero para gastar, para invertir, para pagar deuda, sino que se debe planear qué hacer con esos ingresos, es decir, cómo lograr esas metas, de qué manera se alcanzarán dichos objetivos; por eso existen diversas áreas a las que se destina, una de ellas es la obra pública, o lo que es lo mismo, la planeación en la construcción de obra pública la que en muchos casos se relaciona con el avance económico de casi todos los sectores industriales de un país. En términos generales se trata de obras públicas nuevas, de reconstrucciones, ampliaciones, demoliciones, mantenimiento, etcétera, por mencionar algunas de sus formas.

“Se sugiere, en esencia, que las obras públicas deberían ser planificadas y presupuestadas con la suficiente anticipación como para ser realizadas de acuerdo con un plan flexible, regulando las operaciones en su tiempo de duración para fluctuar inversamente con los motivos cíclicos económicos generales, o sea, retardándolos en los períodos de prosperidad y acelerándolos en los períodos de paralización industrial...

El éxito de una política de obras públicas controladas estará condicionado, en gran parte, por el volumen relativo que pueda ser fácilmente adelantado o propuesto. Esto a su vez depende considerablemente, a pesar de condiciones locales casi indefinidamente diversas, de la exactitud con que se preparen los planes previos, tanto financieros como técnicos en ingeniería. La planificación y cálculo presupuestario de largo alcance en las obras públicas es un requisito previo esencial, si es que han de evitarse una gran variedad de dificultades administrativas, técnicas y financieras que llevan mucho tiempo cuando el tiempo resulte precioso.”³⁴

³³ MORALES – PAULIN, Carlos A. El Proceso Administrativo Público. La Planeación- Programación, la Organización y el Control de la Administración Pública, Porrúa, México, 1991. p. 8.

³⁴ CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. op. cit. p. 80 y 81.

Desde épocas antiguas han existido en nuestro país, sectores que se ocupan de la construcción en general y que no se encontraban reglamentadas, pero las propias necesidades hicieron que también las obras públicas se reglamentaran, por eso en el año de 1917 cuando el Constituyente a través de la Comisión de la Constitución propuso la adición del artículo 131 bis cuyo texto decía: “Todos los contratos que el gobierno tuviere que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta pública mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública”; el cual a lo largo del tiempo ha sido reformando y en nuestros días su texto ha cambiado para quedar de la siguiente manera:

“Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

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

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

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución”.

De esta forma toma toda su relevancia la reglamentación sobre los recursos económicos de nuestro país destinados a la obra pública creando leyes y demás ordenamientos jurídicos que lo hagan posible.

En este orden de ideas, la legalidad de la planeación deriva de la facultad del Poder Legislativo para expedir leyes sobre la planeación nacional del desarrollo económico y social que encuentra su fundamento legal en el artículo 73, fracción XXIX-D, de nuestra Carta Magna.

Asimismo, y en relación con dicho precepto están los artículos 1º, que se refiere a las bases de organización de la Administración Pública Federal, Centralizada y Paraestatal; 9º, que establece el deber de las dependencias y entidades de dicha Administración Pública, para conducir sus actividades en forma programada, basadas en las políticas del Ejecutivo Federal para su logro por objetivos y prioridades, ambos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. La Ley de Planeación; y los artículos 1º, 4º y 17 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el primero de éstos señala que se trata de una ley de orden público, cuyo objeto es regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas.

Lo cual resulta muy importante porque de no contar por lo menos con un plan para la ejecución de obras públicas, se puede caer en errores técnicos, financieros y sociales, que en muchos de los casos además de que los servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa e incluso penal; dan pauta para rescindir administrativamente un contrato de obra pública bajo el argumento, principalmente, de atraso en la ejecución de los trabajos imputable a la contratista, cuando de hecho el problema tiene otro origen.

2.1.2 Programación.

Para poder ejecutar los planes económicos, políticos, financieros y sociales del país se debe contar con un programa o sistema de programas que hagan posible dicha ejecución.

Jiménez Castro indica que “después de que se formulan los planes, bien sean ellos de corto, mediano o largo plazo se requiere diseñar los programas de trabajo para asignarlos a los individuos que tendrán la responsabilidad de ejecutarlos.”³⁵

Por su parte, la Ley de Planeación señala en su artículo 22: “El Plan indicará los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales que deba ser elaborados conforme a este capítulo.

Estos programas observarán congruencia con el plan y su vigencia no excederá el periodo constitucional de la gestión gubernamental en que se aprueben, aunque sus previsiones y proyecciones se refieran a un plazo mayor”.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 21, párrafo inicial dispone: “Las dependencias y entidades según las características, complejidad y magnitud de los trabajos formularán sus programas anuales de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas y los que abarquen mas de un ejercicio presupuestal, así como sus respectivos presupuestos...”

Otras disposiciones relacionadas la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria que entró en vigor el 1º de abril de dos mil seis, abrogando la anterior la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal; cuyo objeto es reglamentar los artículos 74, fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales. Así como el artículo 73, fracción XXIX-E Constitucional.

³⁵ MORALES – PAULIN, Carlos A. op. cit. p. 9.

Así como se programan los Egresos, también se programan los Ingresos tanto conceptualmente como cuantitativamente; como conceptos de Ingresos tenemos los impuestos, las aportaciones de seguridad social, las contribuciones de mejoras, derechos, las no mencionadas anteriormente pero causadas en ejercicios fiscales anteriores pendiente de liquidación o de pago, productos y aprovechamientos, ingresos derivados de financiamiento y otros ingresos, a fin de poder tener los datos suficientes para la elaboración de la planeación y programación de la obra pública.

Ahora, por lo que hace a la programación de obra pública, dicho esta de paso mencionar que cada dependencia o entidad será la responsable en la elaboración de sus programas anuales en cuanto a presupuesto se refiere; así lo dispone el citado artículo 21 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y 9º al 11 de su Reglamento.

En este mismo sentido, se encuentran las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública vigente, que en sus artículos 31 y 32, en la parte conducente señala:

Artículo 31.- A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

... XV. Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos, junto con el Departamento del Distrito Federal a la consideración del Presidente de la República.

En el artículo 32.- A la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

Evaluar y dictaminar las manifestaciones de impacto ambiental de proyectos de desarrollo que le presente los sectores público, social y privado; resolver sobre los estudios de riesgo ambiental, así como sobre los programas para la prevención de accidentes con incidencia ecológica.

De su simple lectura destaca que esta etapa, la de programación, reviste una gran importancia por ello es que debe estar adecuadamente regulada en el sistema jurídico mexicano, pero además se debe tener en cuenta que “después de la organización de las dependencias a través de Reglamentos Internos, esta se puntualiza por conducto de manuales de organización que deberá expedir el titular de la misma debiendo tener presente la clasificación de los puestos en Directores, Subdirectores, Jefes y Subjefes de Departamento, oficina, sección o mesa. De no ser así, se pueden producir dos consecuencias:

1.- Jurídica: se impide satisfacer el requisito de “competencia” previsto en el artículo 16 constitucional por cuanto a los elementos que deberá reunir el acto de molestia, y

2.- Administrativa: el que un servidor público provoque incertidumbre en su desempeño al no tener precisados el catálogo de sus facultades.

Además de las unidades administrativas que de forma central y fuertemente jerarquizadas poseen las dependencias del Ejecutivo Federal, están los órganos desconcentrados, que son creados por los titulares de las Secretarías de Estado o en su caso, por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, cuyo objetivo es proporcionar una eficaz y eficiente atención del despacho de los asuntos de su competencia, dichos órganos desconcentrados “les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

Es así como los órganos desconcentrados representan la expresión jurídica más nítida de la figura administrativa de la delegación la cual responde a la máxima “la facultad se delega pero la responsabilidad se comparte.”³⁶

Es necesario mencionar lo anterior, en virtud de que, precisamente de esa Administración Pública dependerá tanto la elaboración del Plan Nacional como de su Programación.

³⁶ Íbidem, p. 90 y 91.

Ahora bien, y siguiendo este orden de ideas, necesariamente se requiere de un plan y un programa para poder tener una base tanto orgánica, administrativa y sobre todo competencia para llevar a cabo la contratación de obra pública en sus formas establecidas en la Ley de la materia, pero no menos importante resulta contar con un presupuesto del cual echar mano, siguiente etapa previa, para poder contemplar la idea de realizar obra pública y los servicios relacionados con las mismas.

2.1.3 Presupuestación.

Pedro Muñoz señala que: “un presupuesto es, esencialmente, un plan de acción, expresado en términos monetarios. Si se concibe así, resulta evidente que constituye una fase de la planeación. Debe ser, entonces, un conjunto bien integrado de decisiones de contenido económico. En tal sentido, dentro del tópico que nos ocupa, año con año la cámara de Diputados discute y en su caso aprueba el Presupuesto de Egreso.”³⁷

La palabra presupuestación “proviene del francés antiguo bougette, que significa saco o bolsa de viaje, la voz francesa budget-identica en inglés, y 'presupuesto' en una de sus acepciones en español – se entendió en sus inicios como control de gastos así se interpretó en Inglaterra en el siglo XVII, cuando la lucha contra los Estuardos.

De sus diversas acepciones en español, para los efectos de este estudio, entendemos por presupuesto el cálculo anticipado del importe del costo de una obra o de los gastos de la administración pública y, en general, del Estado, del municipio o de otra institución, toda vez que en materia de finanzas públicas, en México, el presupuesto alude únicamente a la previsión de los gastos del gobierno, ya que la estimación contienen en la correspondiente Ley de ingresos.”³⁸

El sistema mexicano cuenta cada año con un presupuesto por programas; y corresponde a la Cámara de Diputados su discusión en términos de lo dispuesto por el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

³⁷ Íbidem, p. 9.

³⁸ FÉRNANDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo. “Contratos”, Porrúa, México, 2003, p. 289.

Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados:

IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior....

Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala en su artículo 31 que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

II. Proyectar y calcular los ingresos de la Federación, del Departamento del Distrito Federal y de las entidades paraestatales, considerando las necesidades del gasto público federal, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera de la Administración Pública Federal;

III. Estudiar y formular los proyectos de leyes y disposiciones fiscales y de las leyes de ingresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal...;

XXIII. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación.

Por supuesto también la actual Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Por lo que, si no se tiene un presupuesto aprobado para la realización de obra pública, las dependencias y entidades están impedidas para celebrar contrato alguno, ya que estarían violando el artículo 24 en relación al 15, párrafo quinto, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el primero señala que las dependencias y entidades podrán convocar, adjudicar o contratar obras públicas y servicios relacionadas con las mismas, solamente cuando cuenten con la autorización global o específica, por parte de la Secretaría, del presupuesto de inversión y de gasto corriente, según el caso, conforme a los cuales deberán elaborar los programas de ejecución y pagos correspondientes; el segundo, señala que en caso de celebrar contrato de obra pública en

contra de las disposiciones de la Ley será nulo, previa determinación de la autoridad competente.

De lo que se trata es de, subrayar el debido uso y destino que debe darse a los recursos económicos que se destinan a obra pública, ello reflejará además de una Administración Pública sana, progreso, infraestructura, desarrollo en el sector de la construcción y consecuentemente, se tendrá por satisfecho el interés público en este rubro, que se traduce en apoyo directo a la población en general, al contar con mejores condiciones para el uso y aprovechamiento de los espacios, carreteras, puentes, edificios, caminos y demás construcciones.

2.2. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

La Licitación Pública como procedimiento administrativo tiene como finalidad, asegurar al Estado que elegirá al contratista idóneo, que cuente con la calidad y cualidad necesarias para celebrar un contrato de obra pública para ser ejecutado con total apego a las normas jurídicas que lo regulan; por eso, no se justifica la actuación irresponsable de los servidores públicos que determinan una rescisión administrativa, en la que se suele argumentar incumplimiento imputable a la contratista cuando la realidad es que el incumplimiento es de la autoridad contratante.

Esta fase consiste en una serie de pasos que necesariamente deben llevarse a cabo para asegurar al Estado las mejores condiciones, económicas, financieras para realizar obra pública.

2.2.1 Concepto de licitación pública.

Concepto etimológico: “licitación deriva de la voz latina *licitationem* que es ablativo de *licitatio-onis*, que significa “venta en subasta”, “venta por lanzas” o “el ofrecimiento de precio en cualquier venta.”³⁹

³⁹ RAMOS TORRES, Daniel. Licitación Pública. “Marco de la doctrina de los Contratos Administrativos, su Legislación vigente, y la Jurisprudencia”, Escuela Nacional de Administración Pública, México, 2004, p. 99.

Este concepto etimológico solo da una idea general, histórico en cuanto a que se refiere al ofrecimiento de un precio.

Concepto gramatical: “Licitación consiste en la acción de licitar, ésta última palabra es un verbo transitivo que quiere decir “ofrecer precio por una cosa en subasta.”⁴⁰

De igual forma, dicho concepto es muy restringido para poder comprender qué es en realidad la licitación pública, y puede generar confusión con los vocablos concurso, remate y subasta. Es importante destacar que el presente trabajo está enfocado a la actividad administrativa del Estado en materia de obra pública.

Específicamente, en el campo del contrato de obra pública, y “para que un contrato celebrado por la administración sea válido, para que dé nacimiento, incuestionablemente, a una situación jurídica individual con todos los efectos jurídicos de la situación contractual, es necesario:

- 1.- Que se haya concluido entre partes capaces y agentes públicos competente, y, en particular, que la autoridad pública que ha celebrado el contrato tenga competencia legal para concluirlo;
- 2.- Que se haya elegido al contratante siguiendo el procedimiento establecido por las leyes y reglamentos.”⁴¹

Por eso para que la Administración Pública a través de la entidad o dependencia competente, pueda celebrar un contrato administrativo, y en específico un contrato de obra pública, es requisito fundamental que lleve a cabo un procedimiento para seleccionar al contratista con quien precisamente ha de contratar, esto es, es un requisito legal para que se pueda formar la voluntad administrativa contractual, dicho procedimiento es la licitación pública.

En México, la licitación pública como etapa previa para celebrar un contrato de obra

⁴⁰ Íbidem, p. 100.

⁴¹ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, p. 17.

pública no es una excepción a la regla para que la Administración Pública elija libre y discrecionalmente al contratista, sino por el contrario, en nuestro país es un requisito fundamental que de no agotarse se estaría en una grave violación a los fundamentos emanados de Nuestra Carta Magna, de ahí que el sistema que adopta dicho ordenamiento jurídico sea un sistema de restricción.

Una vez dicho esto, la licitación pública en sentido amplio es “ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda.”⁴²

Sin embargo, este concepto aún es demasiado restringido y no aclara en realidad lo que es la licitación pública.

Otro concepto de licitación pública dice que “es un procedimiento administrativo que tiene por objeto seleccionar al cocontratante de la administración pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes (sobre el precio) para el órgano convocante.”⁴³

Dicho concepto indica que la finalidad de la licitación pública es que la Administración Pública seleccione al sujeto con quien va a contratar la obra pública, el cual deberá garantizar las mejores condiciones al Estado.

Otro concepto es el de Enrique Sayagues Laso que la define como: “un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones.”⁴⁴

⁴² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. cit. p. 169.

⁴³ Íbidem, p. 26.

⁴⁴ Íbidem, p. 131.

El anterior concepto, no deja duda de que la única finalidad de la licitación pública es que la Administración Pública elige la mejor proposición, en el sentido de que, contiene los aspectos técnicos y económicos que son más ventajosos para el Estado, y de esta manera estar en posibilidades de formalizar el respectivo contrato de obra pública, observando en todo momento los principios inherentes a dicho procedimiento.

“Recaredo Fernández de Velazco, conceptualiza a la subasta — licitación pública — como: formalidad esencial y en su caso... es un acto interpuesto entre la administración y el particular, a la vez consecuencia de una decisión unilateral administrativa y preparatoria de un acto bilateral.”⁴⁵

Este concepto afianza el hecho de que, este procedimiento licitatorio no puede jamás confundirse con el contrato administrativo, ya que por un lado, es un procedimiento que contiene en sí mismo diversos pasos a seguir para lograr su finalidad que es la de obtener las mejores condiciones para el Estado, y porque este procedimiento es previo al contrato mismo, es decir, es un requisito que deberá en su momento satisfacerse para poder contratar obra pública.

Ahora bien, a pesar de que este procedimiento administrativo denominado licitación pública no es de reciente aparición, actualmente es confundido por los estudiosos del Derecho con otros conceptos como “el remate que consiste en la venta de bienes, en público, al mejor postor. En este acto no hay selección de concurrente, concurre quien desee hacerlo.”⁴⁶

Por otro lado, la licitación pública es un procedimiento que se encuentra debidamente regulado por una norma específica que es la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas.

Otros lo confunden con “el concurso que es un procedimiento que celebra la administración, mediante oposición, que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística, entre dos o más personas. Por lo tanto, concurso es

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Íbidem, p.27.

algo totalmente distinto a la licitación y a remate o subasta como se ha confundido por diversas legislaciones y tratadistas.

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

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

Por lo tanto, mientras el concurso se vincula más a lo intelectual, científico o artístico; la licitación, en cambio, se vincula a lo material, comercial o industrial.”⁴⁷

Además, la licitación pública es una etapa previa a la culminación del objetivo principal de la Administración Pública que es la de seleccionar al contratista a efecto de satisfacer el interés público en materia de obra pública.

2.2.2. Naturaleza jurídica de la licitación Pública.

La actividad que llevan a cabo, tanto las personas físicas como las personas morales, por cuanto a sus negocios se refiere, la denominamos administración. El Estado Mexicano ejerce parte de sus actividades con la cooperación y coordinación que obtiene a través de aquéllos contratos administrativos en sentido amplio que celebra con los gobernados y que naturalmente genera derechos y obligaciones, produciéndose así el conflicto de intereses.

⁴⁷ Íbidem, p. 29.

Ahora bien, el papel que juega la Ley en el campo de la Administración Pública del Estado es como dice Sepe Honorato "...evitar la posibilidad de abusos por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, De esta manera, que las disposiciones contenidas en ella están encaminadas a hacer que den el máximo de certeza, acerca del hecho de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella."⁴⁸

La Administración Pública debe contar con un procedimiento jurídico que le permita de manera genérica, práctica pero delimitada, para poder cumplir con todas y cada una de sus atribuciones, que sea capaz de asegurarle las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Así pues, "la licitación es un factor que limita la libertad de la Administración Pública para seleccionar a su cocontratante. La licitación es un requisito cuyo cumplimiento por medio de un procedimiento administrativo específico, previo a la celebración del contrato administrativo, condiciona su validez, debido a una ley que lo exige."⁴⁹

Efectivamente, la licitación pública en nuestro país es un medio de control, ya que por un lado, establece una serie de requisitos de estricta observancia a efecto de no beneficiar a algunos y desfavorecer a otros, se realiza en un plano de igualdad; por otro lado, una vez seleccionado el futuro contratista se obliga al propio Estado para que sin perseguir ningún lucro, satisfaga al interés público.

2.2.3 Fundamento legal de la licitación pública.

I) El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los recursos económicos de que disponga 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

⁴⁸ Íbidem, p. 7.

⁴⁹ RAMOS TORRES, Daniel. op. cit. p. 102.

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 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.

La licitación pública como medio preparatorio para contratar obra pública y servicios relacionados con las mismas, se encuentra legislada en un rango constitucional, lo cual implica la imposición a la Administración Pública, cubrir este requisito para poder contratar obra pública.

De esta manera este artículo 134 constitucional dice cual es la finalidad de llevar a cabo el procedimiento de licitación pública: "A) asegurar para la Administración pública las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad; B) que exista eficiencia, eficacia y honradez en los recursos económicos que se apliquen a las licitaciones; y, C) establece las responsabilidades de los servidores públicos..."⁵⁰

II) La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es una ley de orden público que tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas y de los servicios relacionados con las mismas; lo que debemos destacar es que no menciona que sea reglamentaria del artículo 134 constitucional.

2.2.4. Principios de la licitación pública.

Ahora bien, ha quedado claro que el fundamento de la licitación pública es el multicitado artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicho precepto

⁵⁰ Íbidem, p. 103.

contiene principios que debemos tener bien definidos, y por otro lado, la licitación pública, como figura jurídica se basa en ciertos principios, que será necesario conocerlos.

Los principios del artículo constitucional son: a) La eficacia, es la obtención de un resultado deseado en la práctica; b) La honradez, se entiende como la moral renovada en la vida diaria, en el sentido de desaparecer la corrupción en la administración pública y cumplir cabal y escrupulosamente el empleo o cargo como servidor público; y, c) Eficiencia, es alcanzar o cumplir con los fines de la administración pública, utilizando de la mejor manera los medios y recursos con los que cuenta para tales efectos y al menor costo posible.

Algunos autores refieren que la licitación pública al ser un procedimiento administrativo mediante el cual el Estado cumple su función administrativa, lleva aparejada los principios generales de todo procedimiento administrativo por ejemplo: la juricidad, que no es otra cosa que el actuar de la Administración Pública apegada en todo momento a la ley; y que abarca desde los Principios Generales del Derecho, los fundamentos constitucionales, los ordenamientos como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, la Ley de Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, hasta los criterios de nuestro máximo tribunal.

Otro principio que mencionan es la oficialidad, que consiste en que la Administración Pública está obligada a llevar a cabo todas las actividades que sean necesarias para satisfacer el interés público.

También está la verdad material, la cual debe buscarse por parte de la Administración Pública en aras de satisfacer de la mejor manera al interés público.

La buena fe, que podemos decir no es exclusiva de los actos, procedimientos y contratos administrativos, sino que debe reinar en todo acto jurídico que sea celebrado en el mundo del Derecho, pero claro se potencializa cuando la Administración Pública debe conseguir la satisfacción del interés público.

Otro principio es el procedimiento previo, y al ser la licitación pública un procedimiento administrativo exigido por el ordenamiento jurídico debe ser realizado conforme a la ley de lo contrario, podrá ser impugnado de nulo.

Finalmente, existen los principios de economía, celeridad, eficacia y publicidad que rige todo procedimiento administrativo.

Por lo que hace a los principios rectores de la licitación pública, principalmente son la publicidad, la igualdad, la concurrencia, la competencia y la transparencia. Aunque se mencionan por algunos autores los principios de correcto tratamiento, oposición o contradicción y moralidad administrativa, que más bien, nosotros consideramos que son conceptos que definen a los primeros que mencionamos.

El principio de la publicidad, se refiere a que las actuaciones y decisiones de la administración pública serán conocidas por los gobernados, además, anuncia que ha de suceder cualquiera de esas actividades y como consecuencia, habrá una competencia que colocará a los participantes en un plano de igualdad.

En la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, este principio se refleja en la publicación de las convocatorias, las bases de licitación, en sus modificaciones, en los actos de aperturas de ofertas y fallo, así como cuando se declara desierta la licitación pública.

La publicidad no significa ni constituye una oferta de contrato por parte del Estado, sino únicamente la satisfacción de un elemento esencial de un acto administrativo.

El segundo de los principios, la concurrencia, se refiere a que todo aquel participante que se encuentre en el procedimiento licitatorio, estará en real confrontación con el resto de los participantes, con todos y cada uno de ellos, sin ningún indicio de que sea discriminado, o que vaya a estar en desventaja frente a otros participantes que traten de verse favorecidos en su perjuicio.

Ello dirige a una administración cimentada en la moralidad en su actuar frente a los gobernados y para esto se debe cubrir dos aspectos, por un lado, las condiciones para participar deben ser generales, es decir, las mismas para todos los participantes, y, por otro lado, se debe preferir aquellas ofertas que resulten más ventajosas pero para la administración, porque recordemos que la licitación pública tiene como ventaja el de permitir a la Administración Pública de entre una variedad ilimitada, obtener las mejores condiciones para contratar obra pública.

La ley de la materia señala en su artículo 27, párrafo segundo, que en los procedimientos de contratación deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, plazos de ejecución, normalización aplicable en términos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías; debiendo las dependencias y entidades proporcionar a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos, a fin de evitar favorecer a algún participante.

En su artículo 38, párrafo quinto, dice que una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará de entre los licitantes, a aquél cuya propuesta resulte solvente porque reúne, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en las bases de licitación, las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

La concurrencia como principio de la licitación pública se explica simplemente en el hecho de que para que se hable de publicidad e igualdad necesariamente se debe permitir la concurrencia de aquéllas personas interesadas en contratar con el Estado, por eso, el derecho a licitar está dirigido a los participantes interesados en competir, es decir, se promueve la diversidad de asistentes con la sola intención de obtener las mejores condiciones para el Estado.

Otro principio, la competencia, como consecuencia se da de la pugna o contienda en los

campos de la legalidad, la técnica y la economía de las propuestas de los licitadores, ya que de existir un previo acuerdo a esta fase hablaríamos de cualquier clase y número de “convenios” y nunca se daría una clara competencia, y ello sería dramático para el Estado, si es que lo que se pretende con el procedimiento licitatorio es el de que el Estado precisamente a través de esta ‘competencia’ obtenga las mejores condiciones y elija a su contratista.

El principio de transparencia o también llamado principio de moralidad administrativa, significa que todo el procedimiento se llevará dentro de los lineamientos marcados por la norma jurídica, y que, indiscutiblemente tiene estrecha relación con el principio de legalidad; lo que quiere decir que, se debe respetar en todo momento los pasos del procedimiento administrativo de la licitación pública, para evitar corrupción y malos manejos de los recursos económicos y financieros que se destinan a la obra pública, así como también se refiere al actuar responsable de los servidores públicos que representan al Estado evitando en cualquier momento favoritismos que lo único que provocarían sería un retraso administrativo, es decir, no se avanzaría hacia la obtención de la satisfacción del interés público.

Sin embargo, como quedo apuntado dicho fundamento constitucional, se rige por ciertos conceptos universales que además son de observación obligatoria para los servidores públicos.

2.2.5 Excepciones a la licitación pública.

Se ha visto sobre la naturaleza, principios y fundamentos legales de la licitación pública, pero existe como en toda regla general, excepciones a la misma.

Son tres situaciones que hacen que la licitación pública no sea la mejor opción para elegir al contratista, imposibilidad material, imposibilidad jurídica o conveniencia administrativa; la primera de ellas se refiere a los casos que la propia ley contempla, tomando en cuenta la singularidad del objeto o alguna situación excepcional a la que se enfrenta la dependencia o entidad, en que este procedimiento administrativo no se exige para

seleccionar al contratista.

La imposibilidad jurídica se presenta cuando la confrontación de intereses pudiera dar como resultado en ofensa a los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo, es decir, que existiera una supremacía del interés público sobre el privado y como consecuencia la no disponibilidad del propio interés público, por ejemplo, la licitación pública no sería obligatoria en casos de guerra, en situaciones de seguridad nacional, emergencia o perturbación del orden público.

El tercer caso, se daría sobretodo cuando se está en presencia de un contrato cuyo importe es de volumen menor, que pudiera ser entonces realizable a través de la invitación a cuando menos tres personas o mediante adjudicación jurídica directa.

Así el artículo 27 de la Ley de Obras Públicas y Servicios con las Mismas dispone que las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán contratar obra pública y servicios relacionados con las mismas, mediante los procedimientos de contratación que a continuación se señalan: II.- Invitación a cuando menos tres personas, o III.- Adjudicación directa.

Estas dos formas para seleccionar al contratista por parte de la Administración Pública para contratar obra pública o servicios relacionados con las mismas, representan sistemas de tipo discrecional.

Son diversos los casos que dan lugar a la invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa y se encuentran establecidos en el artículo 41, 42, 43, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; y su procedimiento se ubica dentro del mismo ordenamiento además en sus artículos 44, 47, 48.

2.3 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS.

2.3.1. Pliego de condiciones.

El procedimiento licitatorio para que el Estado pueda seleccionar la mejor de las proporciones, comienza teniendo listo el plan, programa y presupuesto que se va a ejercer para contratar la obra pública de que se trate.

Su primera fase es la presentación del pliego de condiciones o bases de licitación.

Miguel Ángel Bercaitz, nos dice que "... la naturaleza jurídica del pliego de condiciones es compleja, Lo prepara unilateralmente la Administración Pública. Es, pues, un acto administrativo sujeto en su validez a todas las condiciones de los actos administrativos: competencia del funcionario que lo aprueba, forma, objeto y causa."⁵¹

Y aunque la ley en su artículo 27 párrafo tercero, señala que la licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria, debemos tener en cuenta que es un inicio legal, ya que es obvio pensar que para hablar de publicar una convocatoria, es porque ya la Administración Pública en ese momento cuenta con el pliego que contiene las bases de la licitación pública, es por ello que algunos autores refieren doctrinalmente que la primera fase del procedimiento administrativo de licitación pública es la elaboración de ese pliego de condiciones que contiene los antecedentes o aspectos jurídicos, técnicos y financieros, entre ellos pueden ser los planos de la obra, el lugar donde se ejecutará, el presupuesto oficial que constituirán las bases de la licitación pública.

Ese mismo precepto establece que la Secretaría de la Función Pública pondrá a disposición pública, a través de los medios de difusión electrónica que establezca, la información que obre en su base de datos correspondiente a las convocatorias y bases de las licitaciones y, en su caso, sus modificaciones.

Lo cual lleva a la segunda fase de la licitación pública que es precisamente la convocatoria pública.

La función que tendrá el elaborar el pliego de condiciones o bases de la licitación, por parte de la Administración Pública, será el de determinar el objeto que se pretende licitar,

⁵¹ BERCAITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 330.

ya sea que se trate de una obra pública o de servicios relacionados con las mismas, y ello significa reunir una serie de antecedentes tanto jurídicos, técnicos y financieros que permitan dar forma al proyecto que será emitido como bases de licitación.

Lo fundamental que deberá contener dichas bases de licitación o también llamado pliego de condiciones, es una descripción detallada tanto del objeto a licitar, como del procedimiento de la licitación, todo ello encaminado a la formalización en un futuro del contrato respectivo, por lo que también se deberá mencionar cómo va a ejecutarse la obra una vez adjudicado el contrato. En otras palabras, el pliego de condiciones o bases de la licitación es el documento que la Administración Pública, entidad o dependencia, elabora de manera unilateral y en el que versan de manera detallada los aspectos jurídicos, técnicos y financieros a ejecutarse sobre el objeto del contrato de obra pública que se llegue a celebrar una vez concluido el procedimiento de licitación pública mediante la adjudicación del contrato.

En este sentido, José Pedro López – Elías define al pliego de condiciones como el acto que “constituye un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la administración pública, destinada tanto a la formalización del contrato a celebrar como a su ejecución, ya que detalla en forma circunstanciada el objeto del contrato, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las partes también llamadas las cláusulas del contrato de tipo general, las cláusulas constituyen verdaderas disposiciones jurídicas reglamentarias en cuanto versan sobre el procedimiento licitatorio en sí. Por otro lado, tenemos cláusulas especiales que constituyen disposiciones específicas, de naturaleza contractual, relativas al contenido del contrato a celebrar con el oferente.”⁵²

Un aspecto importantísimo que no se debe pasar por alto, es el hecho de que en atención a los principios que rigen a la licitación pública, es que los datos de las bases de la licitación no pueden ser modificados a menos que se cumpla con lo que la ley dispone en ese sentido, y esto es así porque puede darse el caso de que por ciertas circunstancias y con la única finalidad de satisfacer el interés general, se tengan que realizar algunas modificaciones, pero siempre y cuando sea antes del acto de presentación y apertura de

⁵² LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 113.

las ofertas. Así el artículo 35 de la Ley de Obras Públicas y servicios Relacionados con las Mismas establece en su parte conducente que las dependencias y entidades siempre que ello no tenga por objeto limitar el número de licitantes, podrán modificar los plazos u otros aspectos establecidos en la convocatoria o en las bases de licitación, a partir de la fecha que sea publicada la convocatoria y hasta, inclusive, el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones, y que cualquier modificación a las bases de licitación, derivadas de las juntas de aclaraciones, se considerarán como parte integrante de las bases de licitación.

Pero esas modificaciones a las bases de licitación que admite la Ley en el artículo 35 no son ejercicio de una potestad y, por ende deben ajustarse a las formalidades que para este fin exige el propio ordenamiento, pues sólo puede versar sobre plazos u otros aspectos enunciados en la convocatoria o en las bases mismas, sin que ello constituya la situación o variación sustancial de los bienes, obras o servicios convocados originalmente, o bien, en la adición de otros distintos; situación ésta que ya preveía la Ley, como hemos visto.

Por eso dice José Pedro López-Elías que: “las bases de licitación entendidas como la ley del contrato, producen efectos jurídicos propios, en cuanto que la administración pública no puede modificarlas después de haber efectuado el llamado a la licitación sino dentro de ciertos límites, pero no podrá hacerlo, bajo ninguna circunstancia, una vez iniciado el acto de apertura de ofertas.”⁵³

Esos efectos jurídicos, se refieren a que una vez publicadas las bases de la licitación pública no podrán ser modificadas sino por causas que pretenden únicamente satisfacer el interés general, ya que de lo contrario podrán suceder tres cosas; la primera, es que se estaría violando una ley de orden público y ello acarrearía su completa nulidad; la segunda, se estaría ocasionando con ello, que la Administración Pública dejará en desventaja a los posibles licitadores ya que se estaría hablando entonces de otro procedimiento licitatorio distinto al que fueron llamados y con ello, se daría derecho a esos licitadores a reclamar el pago de los daños y perjuicios que eso les ocasiona; y la tercera,

⁵³ Ídem.

si se modifican dichas bases de licitación fuera de los términos que enuncia la propia ley, se estaría favoreciendo muy posiblemente a uno de los participantes violando entonces el principio de igualdad, lo que también resultará en la nulidad del procedimiento.

Se pueden diferenciar dos aspectos de las bases de la licitación pública, por un lado, contiene cláusulas reglamentarias que se refieren al procedimiento licitatorio en sí, y por el otro lado, aspectos que se refieren a las futuras cláusulas que formarán el cuerpo del contrato de obra pública a celebrar con el licitante adjudicado, de ahí que se puede decir, que todo lo relativo a la cosa licitada son lo que llamamos la parte técnica que la describe detalladamente y que todo lo relacionado al contrato, como sus efectos, formalización, conforman la parte legal del pliego de condiciones.

El pliego de condiciones o bases de la licitación debe estar apegado a derecho como todo acto administrativo, sin embargo, se presentan situaciones que a pesar de no estar reguladas o por el contrario, están prohibidas que violan los principios de concurrencia y de igualdad; acarrear la nulidad del procedimiento licitatorio.

Su modificación es una excepción y solo si se encuentra debidamente justificada, fundada y motivada.

Comenta el maestro Miguel Ángel Bercaitz, que “en la legislación Argentina existe como regla general, el hecho de que el pliego de condiciones no puede ser modificado salvo los límites que la propia ley permite o establece; y que dicho acto administrativo puede impugnarse para el caso de que sin estar en la hipótesis legal el pliego de condiciones se modifique.

Aquellos casos en los que no se puede impugnar este acto administrativo, pero si se modifica es cuando existe error en la oferta, presentándose dos situaciones: “En el caso de error evidente, debidamente comprobado a exclusivo juicio de la dependencia licitante, se desestimarán: a) la oferta sin penalidades si el error es denunciado o advertido antes de la adjudicación; b) la adjudicación, con la pérdida del 2 % del valor adjudicado si el error

es denunciado o advertido después de la adjudicación.”⁵⁴

El segundo caso de excepción es “la mejora de precios”, que se presenta cuando la dependencia llama a los dos proponentes que presentaron las mejores propuestas con la intención de que las mejoren aún más, pero siempre y cuando se haya estipulado en el pliego de condiciones, de lo contrario podrán ser sujetos a nulidad tanto el acto administrativo de la emisión del pliego de condiciones así como la adjudicación del contrato.

Dicha excepción es criticada ya que se puede prestar al favoritismo de aquella propuesta que tramposamente no dieron durante el procedimiento su mejor oferta y la reservaron para proponerla en “la mejora de precios”.

En nuestro país únicamente pueden ser modificadas las bases de licitación como consecuencia de las dudas que tengan los interesados en las juntas de aclaraciones y siempre y cuando no tenga por objeto limitar el número de licitantes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 35 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ya que de no sujetarse a tal precepto dicho acto administrativo será declarado nulo en atención al párrafo quinto del artículo 15 del mismo ordenamiento.

2.3.2. Convocatoria.

El artículo 28 de la Ley de la materia, establece en su parte conducente que los contratos de obras públicas y los servicios relacionados con las mismas se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, **mediante convocatoria pública**, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la presente Ley.

“La convocatoria es una oferta al público, hecha por la dependencia o entidad a través de

⁵⁴ BERCAITZ, Miguel Angel, op. cit. p. 333.

los medios de difusión colectiva, que contiene las especificaciones de la obra, adquisición, arrendamiento o servicio, y que está sujeta a la condición suspensiva consistente en que el aceptante resulte vencedor en el concurso.”⁵⁵

Es como si el Estado dijera coloquialmente, señores necesito contratar con alguno de ustedes la realización de una obra pública, con las siguientes características y presupuesto, quien esté interesado, les doy cita (fecha y hora) y señalo el lugar para ver cual proposición es la más conveniente para el Estado, y en su caso celebrar el contrato respectivo.

Así es como la define José López – Elías: “la convocatoria a la licitación pública es la invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contrata con la administración pública, la forma por medio de la cual se logra la indeterminación del destinatario de esa invitación a través de la publicación de dicha convocatoria, en el Diario Oficial de la Federación.”⁵⁶

Ahora bien, la convocatoria a la licitación pública es sin duda un acto administrativo ya que se trata propiamente de una declaración unilateral de voluntad, emitido por la autoridad administrativa a través del órgano competente que conlleva principalmente a que la Administración Pública en su carácter de oferente mantenga su oferta ya que así está obligada por la ley; y debe para ello reunir ciertos requisitos entre ellos es que debe ser publicada con la debida anticipación para que los participantes o interesados en contratar con el Estado, tengan la suficiente oportunidad de realizar sus cálculos y consultar si cuenta con los elementos que se describen en la convocatoria, para poder además de adquirir las bases o pliego de condiciones, preparar sus ofertas y participar de la licitación pública.

Así lo establece el artículo 31 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas:

⁵⁵ MARTÍNEZ ÁLFARO, Joaquín. Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional, Porrúa, México, 1993, p. 47.

⁵⁶ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, op. cit. p. 105.

Artículo 31.- Las convocatorias podrán referirse a una o más obras públicas o servicios relacionados con las mismas, y contendrán:

I.- El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

II.- La forma en que los licitantes deberán acreditar su existencia legal; la experiencia y capacidad técnica y financiera que se requiera para participar en la licitación, de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

III.- La indicación de los lugares, fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases de la licitación y, en su caso, el costo y forma de pago de las mismas. Cuando las bases impliquen un costo, éste será fijado sólo en razón de la recuperación de las erogaciones por publicación de la convocatoria y de la reproducción de los documentos que se entreguen; los interesados podrán revisarlas previamente a su pago, el cual será requisito para participar en la licitación. Igualmente, los interesados podrán consultar y adquirir las bases de las licitaciones por los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría;

IV.- La fecha, hora y lugar de celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones y de la visita al sitio de realización de los trabajos así como la indicación, en su caso, de las propuestas que podrán presentarse a través de medios remotos de comunicación electrónica;

V.- La indicación de si la licitación es nacional o internacional; y en caso de ser internacional, si se realizará o no bajo la cobertura del capítulo de compras del sector público o de algún tratado, y el idioma o idiomas, además del español en que podrán presentarse las proposiciones;

VI.- La indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes, podrán ser negociadas;

VII.- La descripción general de la obra o del servicio y el lugar en donde se llevarán a cabo los trabajos, así como, en su caso, la indicación de que podrán subcontratarse partes de los mismos;

VIII.- Plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha estimada de inicio de los mismos;

IX.- Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían;

- X.- La indicación de que no podrán participar las personas que se encuentren en los supuestos del artículo 51 de esta Ley;
- XI.- La indicación de que cualquier persona podrá asistir a los diferentes actos de la licitación en calidad de observador, sin necesidad de adquirir las bases, registrando previamente su participación;
- XII.- Determinación, en su caso, del porcentaje de contenido nacional; y
- XIII.- Los demás requisitos generales que deberán cumplir los interesados, según las características, complejidad y magnitud de los trabajos.

Es importante no confundir los términos “publicidad de la convocatoria” con el de “convocatoria a la licitación pública”, ya que el primero se refiere al principio de publicidad de la figura jurídica de licitación pública anteriormente comentado; y, el segundo, se refiere al acto de invitar a posibles interesados a contratar con el Estado.

“La convocatoria previa no implica una oferta al público en sentido técnico, sino el cumplimiento del principio de publicidad entre los administrados, para su más amplia información, puesto que la oferta está constituida por las proposiciones de los licitadores, a las que en su caso prestará su aceptación, mediante la adjudicación definitiva, la administración.”⁵⁷

La finalidad de publicar la convocatoria es hacer del conocimiento de los posibles participantes, de una oportunidad para contratar con el Estado, así como establecer los requisitos de su participación.

2.3.3 Entrega de información y documentación.

Esta parte es de suma importancia, en virtud de que los datos que aporten tanto la Administración Pública como los posibles licitadores, deben ser ciertos, claros y estrictamente relacionados con las bases de la licitación.

“El contenido de los documentos e información en general, debe ser claro y oponible,

⁵⁷ Íbidem, p. 111.

teniendo los interesados el derecho de denunciar las cláusulas oscuras, los equívocos, así como pedir aclaraciones en caso de confusión. La documentación proporcionada debe ser inalterable, por lo que para cambiarlo, se necesita una nueva convocatoria pública.”⁵⁸

Además es necesario que la dependencia o entidad, así como los licitadores entreguen cierta documentación que acrediten para la primera que es una autoridad competente para celebrar el respectivo contrato de obra pública; y para el segundo, que reúne los requisitos mínimos para los mismos efectos, es decir, que jurídicamente es capaz de contratar con la dependencia o entidad de que se trate.

“El órgano administrativo que contrata debe ser competente, jurídicamente es capaz, en este sentido, aquel que tiene competencia, es decir, la titularidad de unas funciones específicas, para cuya realización está investido de las potestades administrativas consiguientes, en la esfera que le es propia (jerárquica, material, territorial y temporal).”⁵⁹

El artículo 1º de la Ley de Obras Públicas establece aquéllas dependencias y entidades que son competentes para realizar obras públicas y servicios relacionadas con las mismas; mientras que los artículos 1º al 4º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, nos indican que la Administración Pública se organiza en centralizada, comprendida por la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; y en paraestatal, que la comprenden los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos.

Resalta el hecho de que si la autoridad, entendiéndola como la dependencia o entidad licitante, en realidad no fuera competente, todo el procedimiento licitatorio sería nulo así como cualquier acuerdo previo o posterior.

Por otro lado, “los interesados al recavar la documentación del concurso, y según el caso,

⁵⁸ CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, op. cit. p. 143.

⁵⁹ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 124.

habiendo pagado el costo de ésta, quedarían inscritos y tendrán derecho a presentar proposiciones.”⁶⁰

Sin embargo, debieron haber reunido todos y cada uno de los requisitos que la ley exige.

Los licitantes como se les denomina, comprende no sólo a personas físicas o personas morales nacionales, también pueden participar personas físicas o morales extranjeras; y además en el caso, podrán hacerlo personas privadas o públicas.

El texto constitucional es muy claro al hablar en su artículo cinco, de la Libertad de Trabajo o Profesión, de tal manera que a ninguna persona se le puede impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. Por otro lado, el propio ordenamiento en su artículo 134, señala que las adquisiciones y obras públicas se adjudicarán a través de licitación públicas, mediante convocatoria pública para que libremente (o sea, cualquier persona ejerciendo su libertad de trabajo o industria), presente proposiciones solventes.

Esto significa que cualquier persona física o moral, nacional o extranjera que reúna todos y cada uno de los requisitos que la ley exige para poder participar en el procedimiento de la licitación pública tiene derecho a licitar.

“El derecho a licitar es un derecho público subjetivo de naturaleza abstracta, y es semejante al utilizado en el campo del derecho procesal ya que cualquier persona puede excitar al Estado de ejercicio de la jurisdicción, sin que ello signifique que necesariamente obtendremos una sentencia favorable. Simplemente el derecho a licitar asegura la posibilidad de formular una propuesta de contratación dirigida a la administración pública, siempre y cuando nos sujetemos a las condiciones señaladas en la convocatoria y en las bases de licitación.”⁶¹

En virtud de que la habilitación jurídica se inicia con tener capacidad, tanto en personas físicas como morales, deben atender las disposiciones del Código Federal Civil en cuanto

⁶⁰ CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. op. cit. p. 144.

⁶¹ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 128.

a las personas físicas se refiere; las personas morales deberán atender las disposiciones mercantiles; en su caso deben tener personalidad jurídica, la cual obtienen una vez que satisfacen las formalidades constitutivas y que se ve reflejado en su escritura constitutiva; estarán inscritos en el Registro Público de Comercio, ya que de no hacerlo serán consideradas sociedades mercantiles irregulares, deben tener representación con facultades, reflejado en un poder general para actos de administración o mediante un poder especial inscrito en dicho Registro.

Otro requisito es tener la calificación técnica que tiene que ver con el hecho de aparecer inscrito en la lista de los proveedores o contratistas; así como se verá reflejada dicha capacidad técnica al momento de que la licitante realice la evaluación de las propuestas técnicas, y con el hecho de cumplir con todas aquéllas normas de protección al ambiente, cumplir con los requisitos y normas para la construcción que el Gobierno expida.

La capacidad económico – financiera “supone sustancialmente tres cosas: la entrega de una copia del balance, de la garantía de participación y el pago de las bases.

En cuanto al balance o estados financieros, es un término contable que expresa el patrimonio, a modo de inventario y en términos monetarios, en un momento determinado, desglosando el mismo en bienes y derechos poseídos por la sociedad o empresa (activo) y deudas y obligaciones contraídas con terceros (pasivo) y propietarios (neto patrimonial).”⁶²

Otro requisito a cubrir por parte de los participantes, es la garantía, los licitantes o contratistas, según el caso, deben exhibir la correspondiente garantía de cumplimiento al momento de formalizar el contrato, y en su momento la de vicios o defectos; a ello se refiere la Sección III del Capítulo Tercero del Título Tercero del Reglamento de la Ley.

Como último requisito que se debe cumplir está la regulación fiscal de la contratista; “en este apartado se incluirán todos los pagos de contribuciones federales o estatales, que debe cubrir el participante previamente, a efecto de evitar generar un crédito fiscal a favor

⁶² Íbidem, p. 135.

del Estado; se deberán mencionar, por ejemplo, el impuesto sobre la renta, el impuesto al valor agregado, el pago de cuotas al Instituto Mexicano del Seguro Social y todas aquellas contribuciones federales o locales de importancia.”⁶³

En caso de la falta de cualquiera de los requisitos arriba señalados, la sanción será la exclusión del procedimiento, lo cual implica un derecho subjetivo o derecho condicionado al que el licitador que se pondría en esa situación de exclusión, estaría de antemano renunciando a ese derecho. Lo que hay que vigilar y muy de cerca es que dicha exclusión sea precisamente por la falta del requisito que la provocó, y no por otra causa.

Así mismo, que sea únicamente la falta de un requisito precisado tanto en la Ley como en las bases de la licitación, ya que podría darse el caso de que el licitador incurriera en una irregularidad que no precisamente se traduciría en la falta de cualquier requisito, y que su sanción fuera entonces ya no de carácter administrativo.

Dicha figura de exclusión, sirve precisamente a la Administración Pública para no perder tiempo valioso en ofertas ya de por sí desechables, es decir, no contratar con personas inconvenientes lo cual toma singular importancia debido a que de esa conveniencia depende en gran medida poder dar cumplimiento a lo establecido en el multicitado artículo 134 constitucional.

Pero sobre todo, resulta relevante en el sentido de que si la propia ley, la historia y la eficacia con que debe actuar la Administración Pública, permite contratar siempre con la persona mas conveniente, por qué entonces y de manera muy regular, ocurre el caso de la rescisión administrativa del contrato de obra pública, como si ese contratista no fue el más conveniente, sobre todo cuando la rescisión la basan en el argumento de que es incapaz financiera y técnicamente para cumplir en términos del contrato que celebraron.

Hay que tener muy en cuenta que la exclusión es sólo una prohibición para presentarse a la licitación en la que resultó excluido, más no una incapacidad de contratar con el Estado, aquí claramente se distingue donde termina una fase y dónde comienza la parte

⁶³ Ídem.

contractual del asunto.

“Por lo mismo, que es sólo una prohibición y no una incapacidad, si el excluido se presenta a una licitación y la administración pública no lo descubre a tiempo, el contrato que celebre es válido, salvo la cláusula en contrario establecida en las bases o en las disposiciones legales.”⁶⁴

Sin embargo, no es posible aceptar esta situación, porque los servidores públicos que representan al Estado deben en todo momento, observar los principios que conlleva su empleo o cargo, ya que cuando no los cumplen es ahí precisamente que se dan esos casos tan atroces de que no se logra cumplir con lo que la ley ordena en aras de satisfacer el interés público; pero sobre todo porque la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le permite o en su caso, le ordena.

2.3.4. Visita al lugar.

El artículo 31 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que en su parte conducente establece: las convocatorias podrán referirse a una o más obras públicas o servicios relacionados con las mismas, y contendrán:

VII.- La descripción general de la obra o del servicio y el lugar en donde se llevarán a cabo los trabajos, así como, en su caso, la indicación de que podrán subcontratarse parte de los mismos.

La visita al lugar donde se llevará a cabo la obra o servicio relacionado con la misma permitirá a los posibles licitadores, preparar en ese aspecto sus proposiciones, teniendo los demás elementos especificados en las bases de licitación, por ejemplo, para la elaboración de los planos, la transportación de la maquinaria y equipo así como del personal empleado. Y en el futuro, al ejecutarse la obra, permitir identificar al servidor público asignado a la supervisión de la ejecución de dicha obra pública, de ahí que la ley contempla la residencia de supervisión y la responsabilidad del contratista después de la

⁶⁴ Íbidem, p. 139.

recepción de la obra.

2.3.5. Contestación al pliego de condiciones o entrega de proposiciones.

Una vez que los posibles licitadores cuentan ya con los datos de la obra o servicio relacionado con la misma, que han realizado el pago de las bases de licitación, lo cual les da el derecho a participar en el procedimiento licitatorio y que han visitado el lugar en donde ha de realizarse, podrán elaborar en un primer momento sus propuestas a ofertar; esto resulta de suma importancia para los licitadores ya que de sus propuestas dependerá que resulten adjudicados.

Qué es una oferta, es la incógnita a despejar. Jorge Canals Arenas define que “la oferta o propuesta, es una manifestación activa del consentimiento o mejor dicho, se encuentra en la génesis misma del consentimiento.

En este caso, la oferta es la manifestación activa de la voluntad expresada por el cumplimiento de ciertos requisitos, con la finalidad de ser elegida por la administración, para que adjudicado el contrato se formalice y exista el consentimiento.

Todo interesado que satisfaga los términos de la convocatoria, es decir, del pliego de condiciones y esté legitimado tendrá derecho a presentar proposiciones.”⁶⁵

Esto es, la oferta o proposición es la manifestación de la voluntad de querer contratar con el Estado, y que además anuncia que se tiene la capacidad para ello y sobre todo que se encuentran reunidos, por parte del licitador, los requisitos jurídicos, técnicos y económico-financieros que la Administración Pública solicitó para ese efecto; lo cual da derecho a participar en el procedimiento con la única intención de resultar adjudicado del contrato de obra pública.

“La oferta es definida por Ernesto Gutiérrez y González como una declaración unilateral de voluntad, receptiva, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente,

⁶⁵ CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. op. cit. p. 144.

determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad.”⁶⁶

Lo trascendente de las propuestas que se formulen por los licitadores, radica en el hecho de que el artículo 134 constitucional ordena que la contratación de obra pública se adjudicarán o llevarán acabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública **para que libremente se presenten proposiciones solventas 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; esto es que dichas propuestas deberán cumplir con tal fin.

De tal suerte que de dichas propuestas dependerá que el Estado pueda cumplir con su finalidad, reunir todos y cada uno de los requisitos establecidos en las bases de licitación y en su caso, en las modificaciones a éstas.

Las ofertas deben ser claras y conforme al pliego de condiciones, y que significa la manifestación de voluntades expresa de las partes que en lo futuro se obligarán a formalizar un contrato administrativo, por lo que consideramos de mucha utilidad tener presente lo que establecen los artículos 1860 y 1861 del Código Civil Federal.

Artículo 1860.- El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

Artículo 1861.- El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Por su parte José Pedro López- Elías realiza un estudio un tanto minucioso sobre los elementos que conforman la oferta atendiendo el orden jurídico. Nos dice que dichos requisitos son subjetivos, otros objetivos y finalmente, formales.

⁶⁶ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 146.

“Los requisitos subjetivos se refieren al sujeto o persona que puede presentar su oferta; es decir, a quienes pueden ser oferentes, licitadores o proponentes. Es evidente que la oferta debe ser emitida personalmente por el oferente o a través de mandatario con poder en forma.”⁶⁷

Lo anterior, se refiere a que aquéllas personas tanto físicas como morales que estén interesadas en participar del procedimiento licitatorio deberán cumplir con aquéllos requisitos a que nos referimos en la fase de la información y documentación.

Cabe señalar además que, el artículo 1798 del Código Civil establece que cualquier persona no exceptuada por la ley es hábil para contratar, y las personas exceptuadas son los menores de edad así como los mayores de edad disminuidas o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

En el caso de las personas morales encontramos en los artículos 5º y 12 del Código de Comercio los correlativos del Código Civil para las personas físicas; y por supuesto la ley especializada en contrato de obra pública.

“La oferta debe observar también seguridad, en lo perteneciente a su objeto o contenido, por lo cual los requisitos objetivos son los relativos a aquello sobre lo que versa, y es el punto material de referencia del contrato, y que han sido agrupados en dos categorías: del objeto, y del precio.”⁶⁸

En cuanto al objeto deberá detallarse la planeación para realizar los trabajos, es decir, cómo lo harán; la maquinaria y equipo de construcción, es decir, con qué lo harán; manifestar por escrito que conocen el lugar donde se realizarán los trabajos; la calidad,

⁶⁷ Íbidem, p. 148.

⁶⁸ Íbidem, p. 149.

cantidad, época y lugar de su entrega, es decir, sus características físicas.

En relación al precio, debe cumplirse con dos requisitos, uno que debe ser en dinero, lo cual deberá obedecer y estar acorde con el presupuesto de egresos aprobado al licitante, ya que como lo dice el primer párrafo del citado artículo 134 constitucional, 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; porque la contraprestación exigida con la oferta debe ser en dinero lo que se traduce para el Estado en una erogación que incide precisamente en ese presupuesto de egresos aprobado.

En cuanto a que debe ser cierto e incondicionado, debe ser así porque de lo contrario la oferta debe rechazarse, en virtud de que no se puede dejar de manera indeterminada la contraprestación que pretende el oferente, así como no deberá ser sujeto a condición alguna ya que podría incurrirse en permitir favorecer a esa condición que se puede interpretar como rechazar a otro licitante por querer ser el adjudicado o exentar imposición de sanciones en caso de incumplimiento; pero sobre todo al objeto le estaría faltando el segundo requisito ser cierto e incondicionado.

Por cuanto hace a los requisitos formales deben reunirse todos, ya que de faltar alguno cabe la temerosa posibilidad de incurrir en alguna causa de nulidad del procedimiento licitatorio, si la oferta fuera del licitante que resultó ser el adjudicado.

La oferta debe ser en forma escrita, en razón de el artículo 134 constitucional refiere que las proposiciones solventes deben presentarse en sobre cerrado, y tanto la ley como su reglamento regulan el momento de su apertura para su lectura, de ahí deriva que su forma es escrita.

Debe estar firmada, “dado que la firma constituye un requisito formal de todo acto jurídico, ya que a través de ella es como se exterioriza la voluntad de su autor, su ausencia dará lugar al rechazo de la oferta, en virtud de que sin tal requisito constituye un documento

anónimo, sin valor legal alguno.”⁶⁹

La oferta debe ser clara e incondicionada, como lo establecen los artículo 35 párrafo tercero de la ley y 22 de su reglamento interpretado a contrario sensu, y apegado al sentido de que la oferta o propuesta debe reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos en las bases de licitación.

Debe ser secreta. Esto para no propiciar corrupción y sobre todo de no transgredir los principios de igualdad competencia y transparencia que rigen la licitación pública.

“El principio de los sobres cerrados, tiende, además, a fijar las oferta de los postores, y a darle estabilidad y seguridad al procedimiento de selección de contratista público tratando de evitar, entre otras cosas, colusiones, arreglos, discriminaciones, conductas insanas de los administradores, así como de los particulares, etcétera.

En una sentencia de 17 de noviembre de 1964, el Tribunal Supremo de España, señala la importancia de que las ofertas se presenten en sobre cerrado, y menciona la cuestión esencial de que el sobre, además de cerrado, se presente lacrado y precintado; a saber, en su parte medular establece: ...por lo que aunque en el pliego de condiciones se dijera que las proposiciones se presentarían en pliego cerrado y lacrado, el primer requisito era esencial y el segundo no, y se explica que no lo fuera porque en realidad lo que se busca — finalidad del precepto — es una garantía para el interesado de que su pliego no pueda ser conocido por otras personas, pero esa garantía se daba en el caso discutido con la firma y rúbrica que el interesado había estampado al dorso del pliego cerrado la solapa del sobre, con lo que la dificultad de poderlo abrir, que con el lacrado se pretende conseguir, se obtiene por ese otro medio, sin que quepa aceptar la alegación de que el lacrado es una garantía de todos, porque confiados en él los interesados hablan de sus pujas u ofertas.”⁷⁰

Sin embargo, ello no impide en la actualidad el uso de otros medios sobre todo electrónicos que el avance tecnológico pone a nuestro alcance, contemplados en la Ley

⁶⁹ Íbidem, p. 153.

⁷⁰ Íbidem, p. 154.

vigente.

Otro requisito será de acuerdo a nuestra legislación, que haya plazos que son fatales para su aceptación, es decir, deberán presentarse el día, lugar y hora señalado para tales efectos y que se haya señalado en la publicación de la convocatoria.

Esto debido a que en caso de que la propuesta se presente después del término simplemente no será recibida por la licitante.

Únicamente debe tomarse en cuenta que existen las juntas de aclaraciones y que cualquier modificación que sufran las bases de licitación derivadas de esas juntas serán consideradas como parte integrante de las mismas; acto que es contemplado como previo a la presentación de las ofertas.

2.3.6. Junta de aclaraciones.

El artículo 35 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece que el objetivo de la junta de aclaraciones, para los licitadores que asistan, sin que ello sea obligatorio; es ventilar todas las dudas que tengan sobre la convocatoria o las bases de la licitación, a fin de poder resolver sus preguntas, levantándose el acta correspondiente por parte del servidor público designado para ese efecto, quien únicamente tendrá las facultades de aclarar las dudas que le sean planteadas.

Dicho precepto legal dispone en su párrafo tercer en lo conducente, que las convocantes resolverán en forma clara y precisa las dudas o cuestionamientos que sobre las bases de licitación les formulen los interesados, debiendo constar todo ello en el acta que para tal efecto se levante.

Al respecto, nuestro máximo tribunal ha resuelto que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 14 constitucional cuando se obliga al licitante a objetar fundadamente los actos que considere ilícitos y no en otro momento, ya que de no hacerlo será desechada la inconformidad presentada lo cual deja en total estado de indefensión al licitante, en

virtud de que, al tratarse de un acto administrativo debe estar debidamente fundado y motivo y aunado a que se trata de resolver las dudas de los licitantes, debe cumplir con el principio de legalidad que es cobijado también por el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO. EL ARTÍCULO 65 DE LA LEY RELATIVA, AL OBLIGAR AL LICITANTE A QUE EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA DE ACLARACIONES OBJETE FUNDADAMENTE LOS ACTOS QUE CONSIDERE ILÍCITOS, VIOLA EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Este Alto Tribunal ha sostenido que las formalidades esenciales del (sic) procedimiento a que se refiere el citado precepto constitucional son los requisitos necesarios para garantizar la defensa del gobernado antes de un acto de privación, los cuales de manera genérica se traducen en: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) oportunidad de alegar, y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En este sentido, se advierte que para respetar dichas formalidades, las leyes procedimentales deben prever instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados imponerse de los actos a impugnar, preparar su defensa y rendir pruebas y alegatos dentro de los plazos previstos en la ley. En consecuencia, el artículo 65 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público viola el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque si bien es cierto que prevé el derecho de los particulares para promover inconformidades contra la convocatoria, las bases de licitación y la junta de aclaraciones, para lo cual les otorga un plazo de diez días hábiles siguientes a la celebración de la última junta de aclaraciones, también lo es que tal plazo se hace nugatorio al obligar al licitante a que en el momento en que dicha junta se celebre, objete fundadamente los actos que considere ilícitos dando argumentos y razones jurídicas que sustenten su objeción, es decir, la oportunidad para imponerse del acto y preparar los elementos para sostener su ilegalidad se ciñe al momento en que se celebra esa junta, so pena de desechar la inconformidad presentada, lo cual

*deja al particular en estado de indefensión.*⁷¹

Amparo en revisión 967/2006. Distribuidora Internacional de Medicamentos y Equipo Médico, S. A. de C. V. 28 de junio de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl Manuel Mejía Garza.

Amparo en revisión 1877/2006. Olivares Plata Consultores, S. A. de C. V. 17 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Amparo en revisión 1872/2006. Laboratorio Pisa, S. A. de C. V. 17 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

Amparo en revisión 1895/2006. Shering Mexicana, S. A. de C. V. 24 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Miriam Flores Aguilar.

Tesis Aislada.

2.3.7. Otorgamiento de garantías.

Otra fase importantísima de la licitación pública, es el otorgamiento de garantías ya que tiene que ver con el cumplimiento del contrato y los vicios o defectos que pudieran resultar.

El artículo 33, fracción XIV de la Ley establece que dentro de lo mínimo que deben contener las bases de licitación pública está la de los datos sobre las garantías; y por su parte, el Reglamento regula lo que a garantías se refiere en su sección II, del Capítulo Tercero del Título Tercero. Asimismo se debe mencionar en las bases de la licitación pública los casos que conforme a la ley, se exceptúa a los licitadores contratistas de la

⁷¹ <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/jrs/jrsLst.htm>

presentación de una garantía.

El Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, habla de garantía de cumplimiento, garantía de anticipo, garantía por defectos y vicios, es decir, varios tipos de garantía.

La anterior Ley de Obras Públicas, establecía además como requisito previo a la contratación el de exhibir la garantía de seriedad, y que respaldaba el compromiso de los licitadores en sus propuestas.

Dice Bercaitz que “el procedimiento a seguir para la licitación privada es igual al de la licitación pública con las adecuaciones pertinentes, siendo exigible a nuestra manera de pensar el requisito de la garantía de mantenimiento de la oferta para evitar el retiro de las propuestas que se hagan, con el fracaso de la licitación y sus consecuencias, como acertadamente sostiene Escola.”⁷²

En este sentido, la finalidad de exigir la garantía de seriedad, era para evitar que los posibles participantes en pleno procedimiento licitatorio retiraran sus ofertas, pudiendo con ello ocasionar que quede desierto, lo cual sigue vigente en la Ley local de la materia.

Sin embargo, José Pedro López-Elías crítica el sistema de garantías por algunos modos, al decir que “por el primitivo sistema de retenerles dinero no parece compatible ni con una economía medianamente desarrollada, ni con un aparato administrativo medianamente eficaz.”⁷³

Por lo tanto, la Administración Pública para estar en posibilidades de dar cumplimiento a sus funciones de realizar obra pública tiene la necesidad de contar con medio jurídicos tangibles que no representen ningún riesgo de fracasar, y es entonces que en aras de dar cabal cumplimiento a ello, dentro del procedimiento licitatorio administrativo, existía la necesidad de asegurar que los interesados en contratar con ella no se conviertan en desertores.

⁷² BERCAITZ, Miguela Angel. op. cit. p. 318.

⁷³ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 160.

El artículo 48 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala que la garantía de cumplimiento debe exhibirse cuando “los contratistas que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar; II.- El cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de la notificación del fallo. Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse.

Por su parte el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala en su artículo 60 que, la garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, no podrá ser menor al diez por ciento del monto total autorizado al contrato en cada ejercicio.

Esta garantía deberá ser entregada a la dependencia o entidad en el primer ejercicio, dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha en que reciba la notificación por escrito del fallo de la licitación, pero invariablemente antes de la firma del contrato.

El artículo 62 de ese mismo ordenamiento, dispone que la garantía de cumplimiento otorgada en el primer ejercicio en caso de que no haya sido sustituida, o la garantía otorgada en el último ejercicio de ejecución de los trabajos, se liberará una vez que haya sido constituida y entregada a la dependencia o entidad la garantía a que alude el artículo 66 de la Ley.

La finalidad de esta garantía es asegurar a la dependencia o entidad el cabal cumplimiento del contrato, es decir, que se ejecute de acuerdo a lo estipulado en todas y cada una de sus cláusulas, es para constreñir al contratista dicho cumplimiento; y, corresponde a lo que es ya la etapa contractual, quedando fuera del procedimiento licitatorio, pero como las bases de licitación serán en gran parte el apoyo para la elaboración del correspondiente contrato que será adjudicado, resulta oportuno estudiar dicha garantía de cumplimiento en este momento, como parte de los datos de las garantías que dichas bases de licitación deben contener como mínimo.

Así, “el objetivo de la garantía de cumplimiento es lograr la correcta ejecución del contrato de acuerdo con los términos de adjudicación y a la buena fe; por su medio, la administración pública se garantiza el fiel cumplimiento del contrato correspondiente.”⁷⁴

El correcto cumplimiento del contrato se refiere a que la contratista deberá observar a lo largo de la ejecución de la obra todos y cada uno de los parámetros, especificaciones, normas de calidad, normas de ecología, formas y épocas que estén mencionados en las cláusulas que conforman dicho contrato, y para ello la ley así como su reglamento contemplan una residencia de la obra en la que por un lado, la contratante debe nombrar al servidor público responsable de vigilar la misma y por otro lado, también la contratista deberá mencionar quién los representará en dicha residencia de la obra.

Asimismo, esta garantía de cumplimiento tiene su excepción, dice el Reglamento en su artículo 59 que los casos en que proceda conforme a la Ley exceptuar a los licitantes o contratistas de la presentación de garantías, deberán establecerse en las bases.

Para Bercaitz, la inserción de una cláusula de garantía constituye un elemento de tal generalidad en los contratos administrativos, que puede decirse que integra su naturaleza.

Para el exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, la Administración Pública establece en sus contratos un sistema de garantía que responde por las sanciones que aplica al primero, en caso de mora, o inejecución parcial o total del convenio.

Este sistema de garantías consiste, en principio, en un depósito en títulos o dinero que debe hacerse para concurrir a las licitaciones en prueba de la seriedad y mantenimiento de la oferta que se formula – garantía de la oferta--, que luego el adjudicatario del contrato eleva a una suma establecida en relación con la importancia económica del último – garantía de la adjudicación--.

“Ni la multa ni la pérdida del depósito actúan a manera de cláusula penal de derecho

⁷⁴ Íbidem, p. 462.

privado, En efecto, en el contrato administrativo, la garantía desempeña tan sólo un papel compulsivo sobre el cocontratante, no resarcitorio, constriéndolo al cumplimiento de sus obligaciones. La pérdida de la garantía no exime al cocontratante del pago de los daños e intereses que su ejecución tardía o defectuosa, o su inexecución parcial o total, puede ocasionar a la Administración Pública.”⁷⁵

La garantía de anticipos que menciona el artículo 48 de la Ley y que “consiste en la fianza que otorgan los contratistas proveedores, adjudicatarios de un contrato, para asegurar la correcta inversión, aplicación y amortización del monto total del anticipo que reciban.”⁷⁶

El propio concepto que encierra la palabra “anticipo” se refiere a que es algo que se da “antes de”, y que refleja “una parte de”, esto es, efectivamente se refiere a “antes de” porque para comenzar la ejecución de la obra, la contratante otorga un anticipo.

Las características de esta garantía son: que garantizará el monto total del anticipo otorgado; debe ser a favor de la Tesorería correspondiente a la contratante; debe presentarse previamente a la entrega del anticipo correspondiente, la ley dice que quince días hábiles antes de; y, subsistirá hasta la total amortización del anticipo, amortización que la contratante debe notificar en su caso a la afianzadora respectiva para que realice la cancelación de la fianza.

La otra garantía es la de los vicios ocultos, “en materia de obra pública, a partir del día siguiente en que se decepcionan las obras, empieza un plazo de garantía para responder por los vicios ocultos o defectos que resulten a la obra, el cual deberá ser garantizado por el contratista.”⁷⁷

Finalmente, la Administración Pública debe en todo momento custodiar el buen manejo de los recursos económicos para que sean aplicados conforme a la ley y siempre de acuerdo a las exigencias del interés público, y bueno esto no es exclusivo del derecho público. Y consiste generalmente en la fianza que otorgan los contratistas para responder de los

⁷⁵ BERCAITZ, Miguel Ángel. op. cit. p. 338.

⁷⁶ MARTÍNEZ ÁLFARO, Joaquín. op. cit. p. 122.

⁷⁷ LÓPEZ ELÍAS, José Pedro. op. cit. p. 164.

vicios ocultos o defectos que resulten en la obra pública terminada y entregada.

“El saneamiento de los vicios ocultos de la obra pública se traduce en la obligación del contratista de responder de la posesión o aprovechamiento útil de la obra contratada, lo que no se logra cuando los vicios ocultos son de tal magnitud o gravedad que hacen impropia la obra, o parte de ella, para los usos a que se la destina, o dificultan de tal manera dicho uso, que de haberlo sabido previamente el contratante no hubiera contratado la obra, o habría convenido un precio menor por ella.”⁷⁸

De manera general, las garantías podrán constituirse con fianza, cheque, fideicomiso aval bancario, depósito bancario, hipoteca, prenda, carta de crédito o garantías internacionales, de acuerdo a lo que la contratante considere más oportuna.

2.3.8. Apertura de proposiciones.

La siguiente fase en el procedimiento licitatorio es la apertura de proposiciones, que consiste en abrir los sobres cerrados que fueron entregados en tiempo y forma por los participantes o licitadores y que contienen sus proposiciones técnicas en primer lugar, y se da lectura a las mismas, pero únicamente a las que cubrieron los requisitos enunciados en las bases de la licitación; omitiendo dar lectura a las que no lo hicieron, todo ello se sentará en el acta correspondiente que tendrá a bien elaborar el o los servidores públicos que intervengan en dicha diligencia, así como entregarán a los licitadores que no cumplieron con los requisitos, el motivo de su rechazo, esta diligencia se celebrará en el lugar, fecha y hora previamente establecido.

De la misma forma se abrirán los sobres que contengan las proposiciones económicas; esa sesión será pública y se puede diferenciar que se da en dos etapas, la primera de la misma forma como se realiza la apertura y lectura de las proposiciones técnicas y la segunda, cuando se lleva a cabo, la apertura y lectura de las proposiciones económicas, las cuales serán aceptadas o rechazadas única y exclusivamente por el servidor público que la licitante designe para presidir la referida junta pública, y debe

⁷⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. op.cit.p. 295.

quedar claro que en esta etapa no se estudian dichas proposiciones, únicamente se tiene como finalidad el de analizar si se cumplieron con los requisitos formales y de los establecidos en las bases de la licitación.

Este procedimiento se encuentra debidamente reglamentado por los artículos 35 y 37 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y 30, 31, 32, 33 y 34 de su Reglamento.

Una vez que fueron leídas todas las proposiciones se dará a conocer la fecha, lugar y hora del fallo.

2.3.9. Análisis y evaluación de proposiciones.

Esta fase se encuentra debidamente reglamentada en los artículos 36, en el caso de la evaluación o análisis de las proposiciones técnicas; y 37 en el caso de la evaluación o análisis de las proposiciones, del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Este momento resulta crucial puesto que del correcto análisis de las proposiciones, dependerá que sea seleccionado el licitador que ofrezca al Estado las mejores condiciones legales, técnicas y económicas, y por otro lado, asegure que la licitante cumpla con las correspondientes obligaciones, este análisis debe ser una comparación de manera cualitativa y cuantitativa, para lograr dicho fin y sobre todo para que al momento de realizar el correspondiente fallo, se pueda hablar de un fallo debidamente fundado y motivado; porque puede darse el caso de que al final del estudio que se haya hecho de las proposiciones técnicas y económicas exista igualdad de condiciones y es entonces que se deberá optar por la oferta mas baja en cuanto al precio, pero si aún así se da el caso de la igualdad en esa condición, pues entonces debe optarse por aquellas propuestas en las que se contemplen el empleo de recursos humanos del país, con discapacidad y que se encuentren registrados en el Instituto Mexicano del Seguro Social con la debida antelación al cierre del procedimiento licitatorio.

Así dispone el artículo 38 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, las dependencias y entidades para hacer la evaluación de las proposiciones, deberán verificar que cumplan con los requisitos solicitados en las bases de licitación, para tal efecto, la convocante deberá establecer los procedimientos y los criterios claros y detallados para determinar la solvencia de las propuestas, dependiendo de las características, complejidad y magnitud de los trabajos por realizar.

Tratándose de obras públicas, deberá verificar, entre otros aspectos, el cumplimiento de las condiciones legales exigidas al licitante; que los recursos propuestos por el licitante sean los necesarios para ejecutar satisfactoriamente, conforme al programa de ejecución, las cantidades de trabajo establecidas; que el análisis, cálculo e integración de los precios sean acordes con las condiciones de costos vigentes en la zona o región donde se ejecuten los trabajos. En ningún caso podrán utilizarse mecanismos de puntos y porcentajes en su evaluación.

Tratándose de servicios relacionados con las obras públicas, deberá verificar, entre otros aspectos, el cumplimiento de las condiciones legales exigidas al licitante; que el personal propuesto por el licitante cuente con la experiencia, capacidad y recursos suficientes para la realización de los trabajos solicitados por la convocante en los respectivos términos de referencia; que los tabuladores de sueldos sean acordes a los requisitos en las bases de licitación; que la integración de las plantillas y el tiempo de ejecución correspondan al servicio ofertado. Atendiendo a las características propias de cada servicio y siempre y cuando se demuestre su conveniencia se utilizarán mecanismos de puntos y porcentajes para evaluar las propuestas, salvo en los casos de asesoría y consultorías donde invariablemente deberán utilizarse estos mecanismos, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto emita la Secretaría de la Función Pública.

No será objeto de evaluación las condiciones establecidas por las convocantes que tengan como propósito facilitar la presentación de las proposiciones y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito, cuyo incumplimiento por sí mismo, no afecte la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los licitantes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para

desechar sus propuestas.

Una vez hecha la evaluación de las proposiciones, el contrato se adjudicará de entre los licitantes, a aquel cuya propuesta resulte solvente porque reúne, conforme a los criterios de adjudicación establecidos en las bases de licitación, las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas por la convocante, y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

Si resultare que dos o más proposiciones son solventes porque satisfacen la totalidad de los requerimientos solicitados por la convocante, el contrato se adjudicará a quien presente la proposición que resulte económicamente más conveniente para el Estado.

La convocante emitirá un dictamen que servirá como base para el fallo, en el que se hará constar una reseña cronológica de los actos del procedimiento, el análisis de las proposiciones y las razones para admitirlas o desecharlas.

En caso de empate técnico entre las empresas licitantes, las dependencias y entidades adjudicarán la obra, en igualdad de condiciones, a las empresas que tengan en su planta laboral un cinco por ciento de personas con discapacidad, cuya alta en el Instituto Mexicano del Seguro Social se haya dado con seis meses de antelación al momento del cierre de la Licitación Pública.

2.3.10. Emisión de dictamen.

Bien, en el artículo 38 de la ley de la materia se observa que el dictamen debe mencionar cuales fueron los criterios utilizados para la evaluación de las ofertas, así como las fases del procedimiento licitatorio de manera cronológica, las proposiciones que fueron desechadas así como sus causas, por lo tanto, el dictamen es un documento técnico que contiene las bases para la emisión del fallo correspondiente mediante el que se adjudicará el contrato a la persona que haya reunido las condiciones requeridas en las bases de la licitación.

El artículo 38 del Reglamento de la Ley de obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece que al finalizar la evaluación de las propuestas, las dependencias y entidades deberán emitir un dictamen en el que se hagan constar los aspectos siguientes:

- I.- Los criterios utilizados para la evaluación de las propuestas;
- II.- La reseña cronológica de los actos del procedimiento;
- III.- Las razones técnicas o económicas por las cuales se aceptan o desechan las propuestas presentadas por los licitantes;
- IV.- Nombre de los licitantes cuyas propuestas fueron aceptadas por haber cumplido con los requerimientos exigidos;
- V.- Nombre de los licitantes cuyas propuestas económicas hayan sido rechazadas como resultado del análisis cualitativo de las mismas;
- VI.- La relación de los licitantes cuyas propuestas se calificaron como solventes, ubicándolas de menor a mayor, de acuerdo con sus montos;
- VII.- La fecha y lugar de elaboración; y
- VIII.- Nombre, firma y cargo de los servidores públicos encargados de su elaboración y aprobación.

Cuando sea desechada alguna propuesta las dependencias y entidades deberán entregar a cada licitante, a través de un escrito independiente, las razones y fundamentos para ello, con base en este dictamen.

2.3.11. Fallo.

Esta es la parte culminante del procedimiento administrativo de la licitación pública, el fallo, que es el documento emitido por la Administración Pública mediante el que determinará a qué licitador o participante se le adjudicará el contrato respectivo, puede ser uno o varios, o también se puede declarar desierta la licitación o declararla desierta en base al dictamen que antes ha formulado. Este fallo debe estar debidamente fundado y motivado ya que se trata de un acto de la Administración Pública en el que resolverá cual de las proposiciones es la más conveniente para el Estado.

Deberá contener los siguientes datos de acuerdo al artículo 39 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas: Nombre del participante ganador y el monto total de su propuesta, acompañando copia del dictamen a que se refiere el artículo anterior; la forma, lugar y plazo para la presentación de las garantías, se refiere a las garantías de cumplimiento y de anticipos; en su caso, el lugar y plazo para la entrega de los anticipos; el lugar y fecha estimada en que el licitante ganador deberá firmar el contrato y; la fecha de inicio de los trabajos y el plazo de ejecución de los mismos.

El fallo se dará a conocer en junta pública y de la misma se levantará el acta correspondiente, a la que podrán acudir los participantes que hayan presentado sus proposiciones, sin que la falta de alguno de ellos sea causa para no llevarse a cabo, únicamente al finalizar ésta, el acta será firmado por los participantes que en ella estuvieron; y, en el caso de que la dependencia o entidad decidan no dar a conocer el fallo en junta pública, podrán hacer mediante notificación a todos y cada uno de los licitantes dentro de los cinco días siguientes a su emisión.

La ley establece que contra el fallo no procederá recurso alguno, pero que si procede una inconformidad la cual se encuentra regulada en el artículo 83 del mismo ordenamiento.

2.3.12. Adjudicación.

La adjudicación ha sido utilizada por diversos países en los procedimientos administrativos para seleccionar a la persona con la que la Administración Pública va a contratar obra pública así como suministros.

“En México, la adjudicación constituye un acto de la administración pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.”⁷⁹

Así es, la adjudicación es la culminación del procedimiento de la licitación pública, cuya

⁷⁹ LÓPEZ ELÁS, José Pedro. op. cit. p. 178.

finalidad es seleccionar al licitador que haya propuesto la oferta más conveniente para el Estado, para que una vez seleccionado se formalice el respectivo contrato de obra pública. Pues bien, ese es el sentido de la adjudicación, determinar qué licitador cumplió con todos y cada uno de los requisitos señalados en las bases de licitación pública para realizar la obra pública de que se trate.

Existen varias definiciones de lo que se debe entender por adjudicación, sin embargo, todas coinciden en que mediante ella el Estado elige a su cocontratante, por otro lado, nos refieren esas definiciones que es el acto por medio del cual la Administración Pública exterioriza su voluntad de querer celebrar un contrato de obra pública con persona determinada.

Así por ejemplo, Miguel Angel Bercaitz nos dice que “la adjudicación constituye la expresión de la voluntad del Estado mediante la cual éste acepta la oferta que la ha sido hecha por el proponente que ha presentado la más baja o la más conveniente, según resulte del elemento variable que sirva para ponderar y diferenciar unas de otras.

La adjudicación tiene un doble aspecto: 1) determina cuál es la oferta más ventajosa; 2) la declara aceptada. Por ello, luego de la adjudicación, el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado.”⁸⁰

Efectivamente así es, porque lo que debe contener el documento técnico mediante el que se realiza la adjudicación, esto es el fallo, se encuentra precisamente el nombre del “ganador” dice la ley; y se entiende aceptada, puesto que inmediatamente a la determinación del futuro contratista, se establecen algunos requisitos previos que deberá ir cubriendo ese “ganador” para poder formalizar el contrato respectivo.

“Así Roberto Dromi conceptúa a la adjudicación como el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento precontractual.”⁸¹

⁸⁰ BERCAITZ, Miguel Ángel. op. cit. p. 334.

⁸¹ RAMOS TORRES, Daniel. Op. cit. p. 200.

Efectivamente la adjudicación es un acto administrativo y por ello debe reunir todos y cada uno de los elementos que todo acto administrativo contiene de acuerdo a la ley administrativa, ya que el hecho de que no sea así implicaría entonces su posible nulidad.

“En resumen, la adjudicación es un acto discrecional, respecto a su práctica se refiere, pero es vinculatorio en cuanto a su contenido. Puede haber o no adjudicación; de haberla, será obligatoriamente a favor del primer seleccionado. Rigurosamente debe afirmarse que la competencia de la autoridad para practicar el acto de adjudicación, es discrecional, pero el objeto de ese acto es vinculatorio.”⁸²

Se refiere al hecho de que es un acto discrecional, pues el que determine cuál es el licitador al que se le adjudicará el futuro contrato de obra pública, depende del análisis que realiza respecto de todas y cada una de las propuestas que recibió durante el procedimiento licitatorio, hecho que es meramente discrecional ya que es una determinación estrictamente unilateral por parte de la Administración Pública; y que resulta vinculatorio, pues como dice Bercaitz, esa propuesta que resulto la más conveniente, y que reunió todos y cada uno de los requisitos mencionados en las bases de la licitación pública, son el fundamento para el proyecto del contrato de obra pública pendiente de formalizarse. “Claro que la adjudicación no es un contrato, pues sólo asegura para uno de los licitadores el derecho a celebrar un contrato con la administración, cuando ésta quisiera contratar y en caso de que quisiera contratar.”⁸³

El criterio mexicano determina que por ese solo acto vinculatorio nacen derechos y obligaciones para ambas partes, ya que por un lado, el licitante adjudicado está obligado a formalizar el contrato; y para la dependencia o entidad, responder a esa formalidad en los términos establecidos en las bases de adjudicación y en la propia ley, bajo la responsabilidad que de no ser así el licitante ganador tendrá derecho a exigir el pago de gastos no recuperables y de los daños y perjuicios que ello le ocasione de manera directa.

Por todo lo anterior, la adjudicación dentro del procedimiento administrativo de la licitación pública, constituye en sí mismo, el acto administrativo por medio del cual la dependencia

⁸² LÓPEZ ELÍAS José Pedro. op. cit. p. 181.

⁸³ Íbidem, p. 182.

o entidad, competente para celebrar dicho procedimiento licitatorio, selecciona como adjudicatario al licitador que presentó la oferta o proposición más conveniente para el Estado, y que al haberla seleccionado acepta que reunió los requisitos exigidos en las bases de la licitación pública, y que por lo tanto, será el encargado de realizar la obra pública de que se trate, y para ello una vez que le es notificado tal resultado tiene la obligación de formalizar el contrato respectivo, respetando las bases de la licitación pública que fueron publicadas, así como el derecho a que la Administración Pública no celebre ese contrato con ninguna otra persona; ya que en caso de que cualquiera se niegue o simplemente no culmine con los requisitos de formalidad, serán acreedores a responderle al otro en los términos de ley; al mismo tiempo implica, la liberación de los demás licitadores de cumplir con esas formalidades, así como les da el derecho para solicitar la devolución de todos los documentos que hayan presentado en el procedimiento licitatorio; y por parte del futuro contratista, únicamente resta que presente las garantías de cumplimiento y formalizar el contrato de obra pública respectivo.

2.3.13. Formalización del contrato de obra pública

La adjudicación es el acto vinculatorio para las partes involucradas, licitante y dependencia o entidad, puesto que una vez que se le notifica al licitante que ofertó la proposición más conveniente para el Estado, inmediatamente surgen los derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Precisamente implican la formalización del contrato a ejecutar por parte del ahora contratista, esta formalización consiste pues en la firma del contrato de obra pública dentro de los treinta días naturales siguientes a partir de que se notificó al contratista que se le adjudicó dicho contrato, la forma que reviste es pues la que previamente esté autorizada por la dependencia o entidad y que en México no son otra cosa que los formatos que ya se tienen aprobados para esos casos. Una causa que impediría la firma sería que no se haya garantizado su cumplimiento o que se trate de los impedimentos a que se refiere el artículo 51 de la ley de la materia.

Otro aspecto que puede darse en el caso de que ya se haya formalizado el contrato de obra pública respectivo, es que se susciten modificaciones al mismo y que responde al derecho del *ius variando*, tema que será tratado en su oportunidad.

CAPÍTULO 3

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1 EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.1.1. Concepto de obra pública.

Es importante definir a la obra pública y delimitar el tema de estudio.

Obra pública es “toda construcción integral o reparación realizada sea por contratistas o directamente por la Administración Pública, sobre las cosas inmuebles o muebles directamente afectadas al dominio público”.⁸⁴

Este concepto refiere que la obra pública debe entenderse como la construcción de algo destinado al uso público, ya que dice es sobre los inmuebles o muebles afectados al dominio público.

Para Daniel Ramos Torres las obras públicas son “los trabajos que realiza la Administración Pública por si misma (obras por administración directa), o a través de contratos administrativos con los particulares (contratos de obra pública), o por concesión (concesión de obra pública), y que tienen por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles para satisfacer el interés público y las necesidades colectivas.”⁸⁵

De esta definición se desprenden varios aspectos, el primero de ellos, habla de las diversas formas en que la Administración Pública puede realizar obra pública, y es a través de la administración directa, del contrato de obra pública o por concesión; el segundo aspecto, dice qué es la obra pública materialmente hablando, y el tercer aspecto, es que esa obra pública tiene como única finalidad el de satisfacer al interés público en atención a las necesidades colectivas.

⁸⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Administrativo Especial, Volumen I, Porrúa, México. 2001, p. 694.

⁸⁵ RAMOS TORRES, Daniel, op. cit., p. 363

El concepto legal de obra pública lo establece la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas:

Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideraran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, Asimismo, quedan comprendidos dentro de la obras públicas los siguientes conceptos:

I.- El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cano implique modificación al propio inmueble;

II.- Los trabajos de exploración, geotecnia, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros y gas que se encuentren en el subsuelo y la plataforma marina;

III.- Los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total; incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;

IV.- Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

V.- Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

VI.- Los trabajos de infraestructura agropecuaria;

VII.- La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten; y

VIII.- Todos aquellos de naturaleza análoga.

Este concepto legal de obra pública, resulta ambiguo, ya que no indica en sí que es una obra pública, sino mas bien nos hace una lista en la que podemos observar ejemplos de las construcciones, mejoras, ampliaciones instalaciones y diversos trabajos que pueden

realizarse sobre bienes inmuebles o recursos naturales y zonas estratégicas; pero no dice que serán realizados con recursos económicos del Estado, tampoco nos habla de la finalidad de esas obras públicas.

Por ejemplo, Roberto Dromi define a la obra pública como “un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública... y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general.”⁸⁶

De ahí que es importante señalar todos los aspectos que engloba la obra pública, y es todo aquel trabajo de construcción, remodelación, instalación, ampliación, mejoramiento, mantenimiento, adecuación, restauración, modificación, demolición; que es realizado por el Estado con recursos públicos ya sea a través de un contratista, concesionario o directamente, para satisfacer las necesidades colectivas del interés general, sobre un bien mueble o inmueble afectado de dominio público, y que es planeada, programada y controlada por la propia Administración Pública.

3.1.2. Concepto de contrato de obra pública

Ahora toca hablar del concepto de contrato de obra pública. Para Miguel Acosta Romero es “un acuerdo de voluntades 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. Siempre deberá constar por escrito.”⁸⁷

En este concepto, refiere que es un acuerdo de voluntades, o sea que reconoce que se trata de un contrato administrativo, pero utiliza la palabra “ordena” a un particular, lo cual ya no es congruente con ese acuerdo de voluntades, y es limitativa y contraria al concepto de obra pública, ya que únicamente se refiere a una construcción o reparación sobre una obra pública, y entonces ya no tiene como finalidad la obra pública, sino que es para una obra pública.

Alfonso Nava Negrete dice que el “contrato de obra pública es un contrato del Estado cuyo

⁸⁶ *Íbidem*, p. 362.

⁸⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel, *op. cit.*, p. 694

objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio consistente en una obra material sobre bienes muebles o inmuebles, a través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses o necesidades colectivos y mediante la entrega de un precio al cocontratante. Es a groso modo, un contrato en que el contratante de la administración se compromete a la prestación de un servicio a cambio de un precio.”⁸⁸

Este concepto si comprende que la finalidad de contratar obra pública por parte del Estado, que no es otra cosa que la de cumplir con su función de satisfacer el interés público en esa materia, indica que se lleva una vez que se ha concluido un procedimiento público, se refiere a la licitación pública, que no se trata de una orden dada a un particular, sino que como otro contrato de naturaleza administrativa conlleva el conflicto de intereses, ya que por un lado, la Administración Pública persigue satisfacer las necesidades colectivas, por el otro lado, la contratista o particular lo que persigue es la obtención de una ganancia.

De una manera más clara y precisa lo conceptualiza el maestro Osvaldo Máximo Bezzi, “el contrato es la fase final, la culminación del procedimiento de la licitación. Las Leyes de obras públicas imponen su forma escrita; en realidad, el instrumento no puede contener, bajo pena de nulidad, innovaciones respecto de las bases y condiciones y de la oferta aceptada, documentos a los que se remite y que se autentican justamente con los planos de la obra, formando parte del mismo.”⁸⁹

Efectivamente, el hecho de que la Administración Pública celebre un contrato de obra pública significa que ha culminado el procedimiento licitatorio que sirvió para seleccionar al contratista, esto para obtener las mejores condiciones para el Estado, con el objeto de realizar la obra pública de que se trate y cuya única finalidad es el de satisfacer el interés general, y como se deriva de las bases de la licitación es que de acuerdo a nuestra legislación de la materia, no es posible la modificación de sus cláusulas, salvo los casos especificados por la propia ley; por otro lado, la forma escrita es un requisito de formalidad para nuestro derecho positivo mexicano, asimismo, es a cambio de un precio cierto y en

⁸⁸ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, TOMO A-CH, Porrúa, México, 2000, p. 706.

⁸⁹ MÁXIMO BEZZI, Osvaldo. *El Contrato de Obra Pública*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1982, p. 101.

dinero, ya que en las propias bases de la licitación se establece tal circunstancia que de no observarse su resultado sería la nulidad del procedimiento o de la cláusula contractual, en su caso.

Por lo que al definir al contrato de obra pública, puede quedar de la siguiente forma: es aquel contrato administrativo celebrado por parte de una dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, con un particular denominado contratista, cuyo objeto es la realización de la obra pública que se describió en las bases de la licitación pública y que de ninguna manera puede modificarse una vez terminado el procedimiento licitatorio; en el que el Estado persigue como finalidad única la satisfacción del interés público, y por su parte, la contratista persigue el pago de sus trabajos en dinero, previa la autorización de un presupuesto y de acuerdo a un plan y programa de acción.

3.1.3. Elementos del contrato de obra pública

Antes de entrar de lleno al estudio de los elementos del contrato de obra pública, es necesario hacer un paréntesis con la finalidad de saber su ubicación dentro de la clasificación contractual que servirá para entender el sentido jurídico de sus elementos.

Este contrato lo encontramos ubicado por lo que a nuestro derecho se refiere, en la clasificación de un contrato administrativo por las siguientes razones: se confirma su naturaleza administrativa en el momento en el que se conoce que la Administración Pública siempre será una de sus partes contratantes; que su finalidad es satisfacer el interés general, que contiene cláusulas reglamentadas por el Derecho Público.

Asimismo, es un contrato bilateral o sinalagmático, ya que una vez que se formaliza, ambas partes, la Administración Pública y el contratista, asumen obligaciones y derechos recíprocos teniendo al mismo tiempo las calidades de acreedores y deudores uno respecto del otro.

Es un contrato a título oneroso, ya que ambas partes persiguen indirectamente un provecho a cambio de una contraprestación que se vuelve equivalente al momento en el

que una y otra parte tienen un interés pecuniario apreciable, en el caso de la Administración Pública un incremento o mejoramiento del patrimonio público, y por el otro la contratista un lucro determinable en dinero.

Se trata de un contrato principal ya que existe por sí sólo, con propósito contractual propio y específico, que no depende de ningún otro ni en lo general ni en lo específico.

Es por otro lado, un contrato de tracto sucesivo, supeditado a que su cumplimiento no será instantáneo, sino que perdura a través del tiempo que para ello se especificó precisamente en las cláusulas que lo forman y su eficacia, dependerá de ese lapso de tiempo más o menos amplio que fue previamente convenido por las partes.

Es formal, ya que en nuestro país, es un requisito legal que deberá cumplirse. Es además un contrato típico, ya que se encuentra denominado como contrato de obra pública por la ley que se encarga de su regulación, siendo ésta una norma jurídica específica.

Es un contrato de adhesión, ya que su contenido contractual se encuentra predeterminado casi en su totalidad por parte de la Administración Pública, no olvidemos que deriva de las bases de la licitación pública, que en el futuro conforman las cláusulas del mismo y a las cuales el contratista se adhiere con total apego a la Ley.

Es de singular manera un contrato intuitu personae, no en vano, que se haya realizado un procedimiento licitatorio para que la Administración Pública tenga la oportunidad de seleccionar a la persona con la que va a contratar y que por sus características técnicas, económicas y financieras, ofrece al Estado las mejores condiciones para contratar obra pública. Y resulta importante esta característica ya que se encuentran en juego los recursos económicos del país y por ello la contratista no puede subcontratar o ceder su ejecución, ya que precisamente por reunir ciertas cualidades es que resulta ser la persona más idónea para que el Estado celebre con ella un contrato de obra pública.

Ahora bien, sus elementos en lo general son aquellos que de los que todo contrato administrativo debe estar conformado.

a) El sujeto.

El primer elemento esencial es el sujeto. Tratándose del contrato administrativo de obra pública, uno de los sujetos debe ser la Administración Pública, debiéndose entender en su sentido más amplio, es decir, cualquier órgano que tenga a su cargo una función administrativa, ya sea dentro del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o del Poder Judicial; mismo que debe cubrir dos requisitos y que no son necesariamente son parte integrante del contrato, por un lado, debe ser un órgano de la administración pública competente para celebrar este tipo de contratos, así como cumplir con una función para satisfacer directa e inmediatamente el interés público.

Así la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 1º, parte conducente dice:

La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas que realicen:

- I. Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y la Consejería de la Judicatura del Ejecutivo Federal;
- III. La Procuraduría General de la República;
- IV. Los organismos descentralizados;
- V. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o una entidad paraestatal, y
- VI. Las entidades federativas, con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal, con la participación que, en su caso, corresponda a los municipios interesados. No quedan comprendidos los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Otro de los sujetos como elemento del contrato de obra pública, lo puede ser otro órgano de la Administración Pública o un particular. Éste debe tener capacidad para celebrar

dicho contrato, en el caso de un contratista, además debe tener capacidad legal para contratar y reunir también con los requisitos que la propia ley establece para ese efecto, por ejemplo, estar registrado en un padrón de contratistas, no estar contemplado en las hipótesis del artículo 51 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y aquellos que se encuentren establecidos en las bases de la licitación respectiva.

En cuanto a la capacidad del contratista, se cuenta con el principio de que la capacidad de las personas radica en que pueden llevar a cabo todo lo que la ley no le prohíba; al respecto Eduardo García nos dice que “es bien conocida la diferencia de planos entre los conceptos de personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar; la capacidad jurídica, entendida como aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas, es un atributo necesario de la personalidad, pues el reconocimiento de ésta por el ordenamiento no persigue otro objetivo que constituir un centro propio de imputación de tales relaciones, la que implica a su vez admitir esa aptitud en abstracto; a su vez, la capacidad de obrar no es mas que la posibilidad de un sujeto de realizar por sí mismo ciertos actos jurídicos, y puede ser completa, limitada o nula.”⁹⁰

Tema ya abarcado en el capítulo anterior.

b) El consentimiento.

El consentimiento es el acuerdo de las voluntades de los sujetos o partes involucradas en un acto jurídico bilateral, sinalagmático para lograr un fin común consistente en producir consecuencias jurídicas. El consentimiento es “como elemento esencial básico del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere pues, de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo.”⁹¹

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, et. al. Curso de Derecho Administrativo I, novena edición, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 1999, p. 415

⁹¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Derecho Administrativo. “Contratos”, segunda edición, Porrúa, México, 2003, p. 95.

El artículo 1803 del Código Civil Federal dice que, el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En el caso del contrato de obra pública, el consentimiento es expreso, ya que una vez adjudicado el contrato éste se formaliza bajo los términos que la Ley señala para esos efectos.

Ahora bien, para el caso del contrato administrativo de obra pública "... los elementos que integran el consentimiento son las dos manifestaciones de voluntad llamadas oferta y aceptación; en consecuencia, el consentimiento se forma cuando hay aceptación de la oferta, y se puede formar de un modo instantáneo o de un modo progresivo... en los contratos de obra pública, la formación del consentimiento varía, según sea la manera de adjudicar el contrato; es decir, según que el contrato se adjudique en forma directa o mediante el procedimiento de la licitación.

- A) Si la adjudicación se efectúa en forma directa, el consentimiento se integrará, mediante la oferta que hace la dependencia o la entidad y la aceptación del contratista o proveedor; esto es, el consentimiento se formará de un modo instantáneo...
- B) Cuando el contrato se adjudica a través de una licitación pública, entonces el consentimiento se formará de un modo progresivo, en virtud de que, se hace una oferta condicionada a una persona indeterminada, ... porque, la dependencia o entidad, manifiestan su oferta por medio de una convocatoria; es decir, la convocatoria es una oferta al público y el público es una persona indeterminada; dicha oferta se hace a través de los medios de difusión colectiva y está sujeta a la condición suspensiva consistente en que alguien resulte vencedor en el concurso.

La aceptación es la conformidad con la oferta, por tanto, la inscripción al concurso y la presentación de proposiciones constituyen la aceptación de la oferta condicionada

contenida en la convocatoria; es decir, se aceptan los términos de la plicitación, entre ellos la condición de la oferta consistente en vencer en el concurso, lo que implica la conformidad de satisfacer los requisitos exigidos para triunfar en la licitación y obtener el derecho a la adjudicación del contrato.”⁹²

Lo anterior significa que, la Administración Pública a través de la adjudicación del contrato respectivo está manifestando su consentimiento para formalizarlo en atención a las bases de licitación que publicó, y por el lado de la contratista, su consentimiento lo vemos en el sentido de que se “adhiera” a las cláusulas del contrato de obra pública a que se obligó formalizar al presentar sus proposiciones en sobre cerrado y que resultaron ser las mas solventes y convenientes para el Estado.

Finalmente, el consentimiento en el contrato administrativo puede estar viciado ya sea por violencia, dolo, error o simulación y esto lo afectaría de nulidad.

c) El objeto.

Dice el artículo 1824 del Código Civil Federal en materia común que: Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

En general, el objeto como otro más de los elementos esenciales del contrato administrativo de obra pública, debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie; y sin que sea óbice para su celebración puede no estar en el comercio.

Para Joaquín Martínez el objeto en el contrato de obra pública se divide en dos, en directo que consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones ya que “la Administración Pública celebra actos que tienen por objeto crear obligaciones de hacer consistentes en construir, conservar, modificar, reparar o demoler bienes inmuebles; es

⁹² MARTÍNEZ ÁLFARO, Joaquín. Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional, Porrúa, México, 1993, p. 17 y 18.

decir, realizar obras públicas;⁹³ y que vendría a ser el objeto indirecto, lo que la contratista se obligó a realizar como tal.

En cuanto a que el objeto debe ser lícito significa que no debe ir en contra de lo que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece en todos y cada uno de sus artículos, ya que al ser una ley de orden público, su sola violación a cualquier precepto implicaría que se puede estar realizando un acto ilícito; por ejemplo, que se adjudicara un contrato sin que se lleve a cabo una licitación pública fuera de los casos expresados por la ley.

En otras palabras, si una ley de orden público como lo es la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es de observancia obligatoria independientemente de la voluntad de las partes, es entonces, que lícito será el hecho que esta de acuerdo con la ley que es de orden público, por lo que ilícito será el hecho que es contrario a la ley de orden público cuya observancia es obligatoria independientemente de la voluntad de las partes.

Por último, y respecto al objeto como elemento esencial del contrato administrativo en general, Miguel Ángel Bercaitz dice que: “se ha pretendido objetar la existencia de los contratos administrativos alegando que la *res extra commercium* no pueden ser objeto de los contratos, y a ello se ha contestado acertadamente que no puede serlo de los contratos de derecho privado, pero nada impide que lo sean de los administrativos.”⁹⁴

Precisamente, como característica particular del contrato de obra pública es que el objeto puede estar fuera del comercio porque la finalidad del Estado es satisfacer al interés general y no obtener un lucro.

d) La forma.

En cuanto a este elemento destaco el hecho de que los autores coinciden en que más

⁹³ Íbidem, p. 21.

⁹⁴ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Desalma, Argentina, 1980, p. 277.

que un elemento esencial para la existencia del contrato de obra pública, como contrato administrativo, es un requisito de validez.

“En el contrato administrativo, la voluntad del ente de la administración pública significa 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 en la “forma” señalada en la norma jurídica aplicable. Lo anterior, significa que tal “forma” no es un elemento del contrato, sino un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato.”⁹⁵

Así los artículos 1833 y 1834 del Código Civil Federal disponen en lo conducente:

Artículo 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario.

Artículo 1834.- Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Por su parte, el artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas dispone que la adjudicación del contrato obligará a la dependencia o entidad y a la persona en quien hubiere recaído, a formalizar el documento relativo dentro de los treinta días naturales siguientes al de la notificación del fallo.

“La decisión, que determina los actos volitivos en los particulares, es un fenómeno psicológico que no precisa ser instrumentado para la validez y existencia de los actos jurídicos que son su secuela. En cambio, la decisión administrativa debe documentarse forzosamente para que pueda tener vida y consecuencias jurídicas en actos o en contratos. La voluntad de la Administración se forma mediante una serie de actos de distintas personas que expresan o contribuyen a expresarla. Para su concatenación es indispensable documentar, instrumentar, formalizar, todas y cada una de esas

⁹⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., p. 46.

manifestaciones de voluntad que al fundirse en un haz constituyen la voluntad del Estado. Como afirma Jeze, ‘las formas son garantías automáticas creadas por las leyes o los reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, evitando las decisiones precipitadas, inflexivas, insuficientemente estudiadas.’⁹⁶

Finalmente, en nuestro Derecho Positivo Mexicano, la forma escrita en los actos jurídicos unilaterales o bilaterales de la Administración Pública, es un requisito de legalidad cobijado por el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

3.1.4. Tipos de contrato de obra pública.

El contrato de obra pública podrá ser de tres tipos, a precios unitarios, a precio alzado o mixtos, así lo establece el artículo 45 de la Ley.

Artículo 45.- Para los efectos de esta Ley, los contratos de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas podrán ser de tres tipos:

I.- Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado;

II.- A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

Las proposiciones que presenten los contratistas para la celebración de estos contratos, tanto en sus aspectos técnicos como económicos, deberán estar desglosadas por lo menos en cinco actividades principales; y

III.- Mixtos, cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado.

Las dependencias y entidades podrán incorporar en las bases de licitación las

⁹⁶ BERCAITZ, Miguel Ángel, op. cit., p. 298.

modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de los trabajos, siempre que con ello no desvirtúen el tipo de contrato que se haya licitado.

Los trabajos cuya ejecución comprendan más de un ejercicio presupuestal deberán formularse en un solo contrato, por la vigencia que resulte necesaria para la ejecución de los trabajos, quedando únicamente sujetos a la autorización presupuestal para cada ejercicio, en los términos del artículo 30 de la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal.

En esta parte, es importante conocer algunos conceptos para entender qué es un contrato de obra pública.

Un precio unitario es el importe de la remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por unidad de concepto terminado, ejecutado conforme al proyecto, especificaciones de construcción y normas de calidad; y se integra con los costos directos correspondientes al concepto de trabajo, los costos indirectos, el costo por financiamiento, el cargo por la utilidad del contratista y los cargos adicionales.

En otras palabras, “el contrato de obra pública bajo precios unitarios determina el precio del contrato de acuerdo con precios por unidad de medida asignados a los diferentes conceptos de trabajos de la obra.”⁹⁷

Lo que significa que en caso de ser necesario podrán ser modificados los montos o plazos del contrato así, operarán los ajustes de costos.

Ahora bien, precio alzado es el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista por la obra totalmente terminada y ejecutada en el plazo establecido conforme al proyecto, especificaciones y normas de calidad requeridas y cuando sea el caso, probada y operando sus instalaciones.

⁹⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, op. cit., p. 246.

Para Fernández Ruiz el precio alzado “es único, total, inmóvil e invariable; empero, puede llegar a modificarse por el hecho del príncipe” o a la luz de la teoría de la imprevisión, o bien, por trabajos adicionales requeridos por la administración.

Según el profesor colombiano Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, 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 el contratista recibe como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios.”⁹⁸

Por el contrario, este tipo de contrato a precio alzado no permite, según la ley, la posibilidad de modificación en monto o plazo ni se podrán sujetarse a ajustes de costos.

Mixto, cuando tiene una parte considerada a precios unitarios, y la otra, se determina a precio alzado.

3.1.5. Estructura del contrato de obra pública.

El artículo 46 de la Ley de obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece que: los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas contendrán, como mínimo, lo siguiente:

- I. La autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato y sus anexos;
- II. La adjudicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;
- III. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato. En el caso de contratos mixtos, la parte y su monto que será sobre la base de precios unitarios y la que corresponda a precio alzado;
- IV. El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y la elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de

⁹⁸ Íbidem, p. 245.

esta Ley, este último plazo no podrá exceder de sesenta días naturales, los cuales deben ser establecidos de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

V. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y armonización de los anticipos que se otorguen;

VI. Forma o términos y porcentajes de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;

VII. Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los ajustes de costos;

VIII. Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas, determinadas únicamente en función de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido, las que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. Las dependencias y entidades deberán fijar en el contrato, los términos, condiciones y el procedimiento, para aplicar las penas convencionales, debiendo exponer en el finiquito correspondiente las razones de su aplicación;

IX. Términos en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el artículo 55 de este ordenamiento.

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

XI. Causales y procedimiento mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato en los términos del artículo 61 de esta Ley;

XII. La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar como parte integrante del contrato, en el caso de las obras, los proyectos, planos, especificaciones, normas de calidad, programas y presupuestos; tratándose de servicios, los términos de referencia; y

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras y previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo que, de ninguna manera, impliquen una audiencia

de conciliación.

Para los efectos de esta Ley, las bases de licitación, el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones. Las obligaciones que se establezcan en el contrato no deberán modificar las condiciones previstas en las bases de licitación.

En la formalización de los contratos, podrán utilizarse los medios de comunicación electrónica que al efecto autorice la Secretaría de la Función Pública.

En la elaboración, control y seguimiento de la bitácora, se podrán utilizar medios remotos de comunicación electrónica.

Por su parte, el Reglamento establece en su artículo 49 que el contrato además de cumplir con lo señalado en el artículo 46 de la Ley, deberá contener el programa de ejecución de los trabajos y el presupuesto respectivo, así como los anexos técnicos que incluirán, entre otros aspectos, los planos con sus modificaciones, especificaciones generales y particulares de construcción.

El área responsable de la contratación, una vez cumplido el plazo a que hace referencia el artículo 47 de la Ley para la firma del contrato deberá entregarle al contratista una copia firmada.

Lo anterior, se resume de la siguiente forma. Un contrato de obra pública de manera general contiene: 1) nombre del contrato, 2) el proemio; 3) las declaraciones de las partes que van a intervenir en él, 4) las cláusulas en las que se contemplarán desde luego los puntos sobre el objeto del contrato, el monto del contrato, el plazo de ejecución de la obra, sobre los anticipos y forma y lugar de pago, sobre las garantías de cumplimiento, de anticipos y de vicios o defectos de la obra, sobre los ajustes de costos, la recepción de los trabajos, la propiedad de los trabajos, sobre las relaciones laborales, las responsabilidades de la contratante, las responsabilidades de la contratista, sobre las penas convencionales, sobre la suspensión temporal del contrato, sobre las causas de rescisión administrativa del

contrato, otras estipulaciones atendiendo cada obra a ejecutar, sobre la interpretación y cumplimiento del contrato, la jurisdicción a la que se someten las partes en caso de controversia; 5) y al final las firmas de las partes, mencionando nombre y cargo de cada una de ellas.

3.1.6. Interpretación del contrato de obra pública.

A manera de introducción a este apartado, el contrato de obra pública, efectivamente se encuentra clasificado por su naturaleza, características y elementos, como un contrato administrativo; este aspecto es importante al momento de realizar su debida interpretación, ya que si bien es cierto toma en lo general el modelo del contrato civil, en lo específico, cuenta con ciertos elementos propios que lo hacen diferente, principalmente, que su objeto es para dar satisfacción al interés general, y su finalidad única será dentro de lo que la ley marca como funciones del Estado en materia de obra pública y en atención a las necesidades presentes y futuras de la colectividad.

Ahora bien, diversos ordenamientos se relacionan tanto de manera directa como indirecta con la obra pública en México, por reenvío o por supletoriedad a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Todos estos ordenamientos jurídicos son la base legal para la debida interpretación del contrato de obra pública.

Así por ejemplo, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, contempla ciertas situaciones de orden legal que rigen al contrato de obra pública, a saber en sus artículos 1º, 2º, 5º, 8º, 13, 15 y 16, y que a continuación transcribimos en lo conducente:

Artículo 1º.- La presente Ley es de orden público.

Ello implica que necesariamente debemos atender a su observancia ya que de no hacerlo la consecuencia inmediata por cuanto al contrato de obra pública se refiere, estaría afectado de nulidad, en todo o en parte.

Artículo 2.- Para los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

V.- Tratados: los convenios regidos por el derecho internacional público, celebrados por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante los cuales los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Lo anterior se debe contemplar así ya que el artículo 5 establece que la aplicación de esta Ley será sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados.

El artículo 8 por su parte refiere que La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la de Comercio y Fomento Industrial y la de la Función Pública están facultadas en el ámbito de sus competencias para interpretar esta Ley para efectos administrativos. Y se refiere a la observancia que se haga de la Ley, y que afecta a la interpretación del contrato de obra pública, por cuanto a los actos administrativos que de él se deriven emitidos por la dependencia o entidad que haya celebrado el correspondiente contrato.

El artículo 13 por su parte refiere que, se aplicarán de manera supletoria a esta Ley y las disposiciones que de la misma se deriven, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por cuanto hace a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, cabe su supletoriedad ya que de dicho ordenamiento se desprende el artículo 1º que dice:

Artículo 1º.- Las disposiciones de esta Ley son de orden e interés públicos, y se aplicarán a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.

El presente ordenamiento también se aplicará a los organismos descentralizados de la Administración Pública Federal paraestatal respecto a sus actos de autoridad, a los servicios que el Estado presente de manera exclusiva, y a los contratos que los particulares sólo puedan celebrar con el mismo.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece en su primer párrafo que las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales.

Ahora bien, una controversia es fijar las pretensiones del actor y los elementos de resistencia del demandado necesarios para que se pueda dejar a la decisión jurisdiccional la definición de los puntos de hecho y de derecho objeto de la discusión. Resulta entonces que la autoridad competente para resolver una controversia derivada de la interpretación del contrato de obra pública, sea un juez en materia administrativa, ya que se verifican las hipótesis que la ley de amparo establece.

En caso de optar por el recurso de revocación será el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el competente para dirimir las controversias que le sean planteadas en dicha materia.

El artículo 16 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone que los contratos celebrados en el extranjero respecto de obras públicas o servicios relacionados con las mismas que deban ser ejecutados o prestados fuera del territorio nacional, se registrarán por la legislación del lugar donde se formalice el acto, aplicando en lo procedente lo dispuesto por esta Ley.

Doctrinalmente, las funciones del Estado se entienden desde el punto de vista formal y material, la mayoría se inclina por el concepto formal, pero para los propósitos de este apartado conviene el concepto material que indica que el Estado está realizando sus funciones administrativas cuando contrata obra pública, ya que su finalidad es satisfacer el interés general en ese ámbito.

Dicho todo lo anterior, es de concluir que para la debida interpretación jurídica y legal del contrato de obra pública, se debe atender primero ya que se rige por una ley especial, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, que en principio es una ley de orden público, y que en los casos no previsto por ella se aplicarán de manera supletoria el Código Civil Federal; el Código Federal de Procedimientos Civiles; la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; y que en los casos de que sea aplicable un tratado internacional se estará a lo previsto en él; finalmente, que la autoridad jurisdiccional que debe conocer de las controversias que se susciten con motivo de la rescisión administrativa del contrato de obra pública es un Juez de Distrito en Materia Administrativa, lo que encuentra su apoyo, además, en la siguiente tesis jurisprudencial:

“CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CONTRA SU RESCISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD, CON BASE EN LA LEY FEDERAL RESPECTIVA, PROCEDE EL JUICIO ORDINARIO ADMINISTRATIVO FEDERAL Y NO EL AMPARO INDIRECTO. Conforme al artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los Jueces de Distrito en materia administrativa conocerán, entre otras, de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguida por autoridades administrativas. Tal dispositivo, además de la competencia de dichos Jueces, establece la procedencia del juicio ordinario administrativo federal cuando, por ejemplo, se pretenda impugnar una resolución administrativa dictada por un funcionario de un organismo público descentralizado de la administración pública federal como puede ser Aeropuertos y Servicios Auxiliares, que rescinde un contrato de obra pública con fundamento en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en virtud de que se suscita una controversia con motivo de la aplicación de una ley federal en la que debe decidirse sobre la legalidad o subsistencia de la rescisión, que es un acto de autoridad en la medida en que constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración, imperativa y coercitiva que, además, tiene carácter administrativo por la naturaleza de quien la emite y por sus características intrínsecas. Así las cosas, la procedencia de ese medio de impugnación contra la mencionada rescisión, excluye la del juicio de amparo indirecto.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. Grupo Constructor Cinco, S. A. De c. v. 17 DE AGOSTO DE 2005. unanimidad De votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana Márquez Velasco.

Véase: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Número 78, junio de 1994, página 18, tesis P./J. 20/94, de rubro: "CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA."⁹⁹

La debida interpretación del contrato de obra pública es que el Estado tiene el mandato constitucional de satisfacer el interés general, a través de un instrumento jurídico llamado contrato de obra pública.

Por lo que toca al contratista, el contrato de obra pública se debe interpretar en el sentido de que su finalidad es la obtención de un lucro lícito para lo cual celebró un contrato con el Estado atendiendo a los requisitos que para ese caso específico señala la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Esto es, no debe confundirse el objeto del contrato de obra pública con la finalidad o interés que persigue cada una de las partes ya que entonces al tratar de interpretarlo, se puede caer en error de conceptos y no se encontraría jamás el significado e intención contractual de las cláusulas.

⁹⁹ Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, página 2317. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CONTRA SU RESCISIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD, CON BASE EN LA LEY RESPECTIVA, PROCEDE EL JUICIO ORDINARIO ADMINISTRATIVO FEDERAL Y NO EL AMPARO INDIRECTO. Amparo en revisión (improcedencia) 326/2005. 17 de agosto de 2005. Unanimidad de Votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez.

3.2 RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

3.2.1. Concepto de rescisión.

La rescisión administrativa es el tema de estudio, pues lo que se propone es su eliminación como forma unilateral de resolver las obligaciones y derechos que derivan del contrato de obra pública. Ello en virtud de que a diario los contratistas se enfrentan a una administración de justicia por parte de las dependencias o entidades contratantes carente de imparcialidad, objetividad, equidad, justicia; evidentemente podrá considerarse que es imposible tal hecho, pero lo cierto es que no solamente hay argumentos subjetivos, sino primordialmente argumentos objetivos y fundamentos jurídicos suficientes para ello.

Del latín *rescissum* y significa rasgar, romper, dividir algo.

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias la rescisión “es la privación de efectos de un negocio jurídico por sí mismo válido para lo futuro, por medio de una declaración de voluntad.”¹⁰⁰

Realiza una reflexión en cuanto a la “rescisión”, manifiesta que es una forma de ineficacia de los actos jurídicos y la compara en ese plano a la nulidad; por otro lado, refiere que la rescisión se debe distinguir de la resolución, ya que la primera ocurre cuando por voluntad de las partes acordaron para lo futuro que en caso de que una de ellas ocasionara una lesión en el patrimonio notoriamente desproporcionada en razón a lo que él por su parte se obligó, se podrá rescindir dicho contrato; mientras que la segunda, se presenta en negocios bilaterales onerosos como consecuencia del incumplimiento de la obligación de una de las partes de un contrato, o en el caso de que se verifique la condición resolutoria que hayan pactado, esto es, abarca el aspecto general de la extinción de los contratos.

“La finalidad que con ella persigue el legislador, es proteger a uno de los autores del acto frente al otro, al celebrar el contrato que se encuentra en una posición de evidente desventaja, de lo cual se aprovecha el otro contratante para obtener un lucro

¹⁰⁰ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, TOMO P-Z, Porrúa, México, 1994, p. 2813.

desmesurado.”¹⁰¹

Es decir, que se da por concluido el negocio bilateral oneroso en razón a que una de las partes está actuando de manera tal que deja en desventaja a la otra parte pero ocasionándole una lesión patrimonial evidente y contrario a lo que se pacto en el contrato respectivo.

Otros opinan que la rescisión “es una manera de extinguir los efectos del contrato, deshaciendo un vínculo contractual que es existente, válido y exigible, y se produce por la decisión de ambas partes, en cuyo supuesto se le denomina mutuo disenso, o de una de ellas, en los casos en que la ley lo permite, en razón de una voluntad en tal sentido, nacida luego de la celebración. La rescisión no depende de un hecho posterior, sino del consenso de ambas partes o de una sola de ellas cuando la ley así lo admite.”¹⁰²

Esta definición dice que la rescisión de un contrato extingue sus efectos y que puede ocurrir en dos momentos diferentes, uno puede ser cuando ambas partes así lo acuerden, y otro, en el momento en que una de ellas libremente y bajo una hipótesis legal que se dé como una causa para rescindir. También refiere los conceptos de existente, que significa que el contrato está surtiendo sus efectos en el mundo jurídico; válido, que reúne todos los elementos y requisitos que para ello se requiere; y, exigible, es decir, que de su cumplimiento depende que la otra parte pueda hacer valer sus derechos que se derivan del contrato.

Lo que hace pensar que, la figura de la rescisión como forma de extinción de un contrato, opera en los casos en que una de las partes observe que la otra le ha causado un daño o perjuicio patrimonial, como consecuencia de acciones diferentes y contrarias a lo pactado en el contrato respectivo, ya que de haber cumplido con las cláusulas de dicho contrato, no se daría esa lesión a su patrimonio. Sus efectos son inmediatos y operan sobre el vínculo contractual para que éste deje de existir en el mundo jurídico, y por consiguiente las consecuencias que del mismo se iban a producir simplemente ya no lo harán; y puede

¹⁰¹ *Íbidem*, p. 2814.

¹⁰² REYES CORONA, Oswaldo G. et. al. Elementos Jurídicos de los Contratos. Taxxx Editores, México, 2003, p. 190.

ser por acuerdo de las partes o por una de ellas en atención a los presupuestos que la ley establezca para esos casos.

3.2.2. La rescisión administrativa.

Ahora bien, la rescisión entendida como forma de extinción de un contrato, cabe perfectamente en lo referente a la rescisión administrativa del contrato de obra pública por parte de la contratante, dependencia o entidad.

Canals Arenas opina que “la rescisión es una causa extintiva del contrato que puede tener el carácter de sanción o puede no tenerlo; es decir, hay casos en los que la rescisión no será una sanción, pero en otros sí consistirá una sanción. Falta la calidad de sanción cuando se trata de la rescisión administrativa determinada por razones de interés general; en cambio, se da la calidad de sanción cuando la causa de la rescisión es el incumplimiento o contravención de las obligaciones derivadas del contrato o de las disposiciones legales.”¹⁰³

Lo primero a resaltar de esta definición, es que su autor considera a la rescisión administrativa, en unos casos como una sanción que se aplica al contratista que incumplió con sus obligaciones, y no la considera como sanción cuando se da por causas de interés general.

Cuando se habla de la rescisión por causas imputables al contratista, se hace referencia a que precisamente ésta no cumplió con sus obligaciones contractuales y en atención a la imperiosidad que tiene el Estado de satisfacer el interés general, debe en todo caso emitir el acto administrativo correspondiente para llevar a cabo aquellas gestiones que sean necesarias para culminar con la obra pública pendiente de ejecutarse; en el sentido, de que ese acto administrativo, la rescisión administrativa, al igual que el acto de adjudicación del contrato, son las formas en que la Administración Pública manifiesta su voluntad frente a los contratistas en materia de contrato de obra pública. Ahora, por lo que se refiere a que rescinde administrativamente el contrato de obra pública con razón al interés público, no

¹⁰³ MARTÍNEZ ÁLFARO, Joaquín, op. cit., p. 83.

se está ante la presencia de la rescisión administrativa sino ante una terminación anticipada del contrato de obra pública por esas causas, y el procedimiento aunque similar no es el mismo, esto es, tanto la rescisión administrativa como la terminación anticipada son dos de las formas en que se puede resolver un contrato de obra pública.

Así lo establece la propia Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en sus artículos 60, 61 y 62.

Siguiendo este orden de ideas y tomando en cuenta, que la rescisión administrativa del contrato de obra pública, a pesar de ser estudiada por distinguidos profesores, a la fecha no han podido formar una sola corriente al respecto; resulta engorroso mencionar los diferentes criterios y corrientes que han surgido con motivo de esta figura jurídica, ya que al final del camino no hay equilibrio entre esas opiniones.

Una manera muy sencilla y clara de entender qué es la rescisión administrativa del contrato de obra pública, es teniendo en cuenta que es una forma específica de extinguir sus efectos, derivados de las obligaciones que nacieron al momento de la celebración del contrato respectivo con la Administración Pública, y que por disposición expresa de la Ley, la dependencia o entidad está facultada para determinarla en atención al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, con la finalidad de salvaguardar el interés general en materia de obra pública.

Aquí es oportuno mencionar el artículo 61 en su parte inicial de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que establece: las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Ahora bien, es importante analizar este párrafo, ya que en sí mismo contiene lo que en derecho privado se denomina pacto comisorio, que no es otra cosa que el acuerdo de las partes de establecer en alguna cláusula de su contrato, el hecho de que si ocurre tal o cual circunstancia o circunstancias previstas por ellas mismas para lo futuro, optarán por rescindir bilateralmente dicho contrato; con la salvedad de que dicho pacto comisorio está

reservado únicamente para la Administración Pública por disposición expresa de la Ley.

Otra cuestión a tratar es el hecho de que el contrato de obra pública es considerado un contrato de adhesión, y cuando en el cuerpo del contrato respectivo se menciona en una cláusula “que el contratista manifiesta tener pleno conocimiento del contenido de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y demás disposiciones que regulan la obra pública”, está adhiriéndose en ese momento al hecho de reconocer la reserva del pacto comisorio para la Administración Pública para rescindir administrativamente por causas imputables a la contratista; y por consiguiente, esa cláusula habla de que el contratista conoce las causas de rescisión administrativa del contrato de obra pública así como su procedimiento.

Por otro lado, el artículo 1949 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece que:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Ello tiene relación con la fracción II del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y 124 de su Reglamento.

Artículo 62.- En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos deberá observarse lo siguiente:

II. En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, una vez emitida la determinación respectiva, la dependencia o entidad precautoriamente y desde el inicio de la misma, se abstendrá de cubrir los importes resultantes de

trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito que proceda, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la comunicación de dicha determinación, a fin de proceder a hacer efectivas las garantías. En el finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados.

Las dependencias y entidades podrán optar entre aplicar las penas convencionales o el sobrecosto que resulte de la rescisión, debiendo fundamentar y motivar las causas de la aplicación de uno o de otro.

Este es el procedimiento a seguir como consecuencia inmediata al rescindirse administrativamente el contrato de obra pública por causas imputables a la contratista, que ya no forman parte del contrato sino más bien es el procedimiento que se sigue a raíz del pronunciamiento de la Administración Pública, y que constituye el derecho de la acción restitutoria que tiene para exigir del contratista.

Artículo 124.- La rescisión administrativa de los contratos deberá ser el último medio que las dependencias y entidades utilicen, ya que en todos los casos, previamente, deberán promover la ejecución total de los trabajos y el menor retraso posible.

En el caso de rescisión, las dependencias y entidades optarán por aplicar retenciones o penas convencionales antes de iniciar el procedimiento de rescisión, cuando el incumplimiento del contrato derive del atraso en la ejecución de los trabajos.

En ese sentido, opera el hecho de que una de las partes contratantes, se percata de que la otra le ha causado una lesión en su patrimonio, en el caso del Estado como resguardante del patrimonio de dominio público por acuerdo y mandato de sus gobernados, sufre una lesión en su patrimonio.

Otro aspecto a tratar en razón al tema de estudio, es el hecho de que el artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece que cuando sea la Administración Pública la que rescinde un contrato de obra pública, operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial; y entendemos que utiliza el término “de pleno derecho” al contemplar a la rescisión como una de las formas de revocar un acto de autoridad, no considerando al contrato de obra pública como un acto administrativo, sino únicamente en su sentido de resolver un acto jurídico como lo es un contrato en su acepción general; máxime que lo que desea lograr el Estado es la satisfacción del interés general. Y dice “sin necesidad de declaración judicial”, puesto que la rescisión administrativa, en este caso, del contrato de obra pública, es un acto administrativo y de ahí que conlleve ejecutoriedad, y no sea necesario dicha declaración judicial.

3.2.3. La rescisión de la contratista.

La rescisión administrativa del contrato de obra pública es una forma de extinguir los efectos del propio contrato, de acuerdo a la ley, y sólo cuando se trata de causas imputables a la contratista derivadas del incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Asimismo, es una facultad expresada por la ley a favor de la Administración Pública, ya que hasta el día de hoy si la contratista es la que desea por motivos justificados, rescindir dicho contrato de obra pública, el único medio que tiene y esto de acuerdo a la ley de la materia, es acudir ante el órgano jurisdiccional competente.

Entonces para el caso de la rescisión del contrato de obra pública por parte de la contratista, se siguen las reglas del Derecho Privado, que de manera supletoria derivan del Código Civil Federal, así como del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Cabe hacer la siguiente pregunta: ¿podría la contratista rescindir administrativamente el contrato de obra pública, sin la engorrosa necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional competente establecido en el actual artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas?

Nada impide que ello pueda suceder, sólo que la ley no lo contempla. Existen causas que son imputables a la contratista para decir que incumplió con sus obligaciones que derivan del contrato celebrado, para que la Administración Pública opte por la rescisión; existe de igual forma, causas de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la dependencia o entidad, que dan origen al derecho de la contratista para demandar la rescisión del contrato de obra pública por causas imputables a la contratante.

Por ejemplo, haber celebrado un convenio modificatorio fuera de los casos señalados por la ley; la falta de pago oportuno de las estimaciones.

Por otro lado, el Estado Mexicano tiene dentro de sus múltiples atribuciones, la función de satisfacer el interés general que lleva a cabo a través de sus diversos órganos públicos que lo representan; y si en materia de obra pública, el contrato administrativo es una de sus herramientas para lograr la satisfacción del interés público en ese campo, y que para llegar a ese punto, previamente y en estricto cumplimiento a lo que establece nuestra Carta Magna en su artículo 134, llevo a cabo el procedimiento de licitación pública para seleccionar a su cocontratante y adjudicar el contrato de obra pública correspondiente; de no cumplir con sus obligaciones contractuales, en un nivel de igualdad jurídica, entonces, además de que tiene que responder a través de sus representantes por ese incumplimiento, resulta que dejó de realizar su principal obligación, la de satisfacer el interés general; esta situación que parece a simple vista un juego de palabras en realidad es el fundamento en que se basa la actuación de la Administración Pública en aras de conseguir la satisfacción del interés general, que consiste en “el poder” del que goza y a la vez en el “deber” que tiene para armonizar sus actividades de acuerdo a las necesidades colectivas.

Ahora bien, la consecuencia que se origina con el incumplimiento al contrato de obra pública por parte de la dependencia o entidad, surte los mismos efectos aunque no al mismo nivel, que los del incumplimiento de la contratista, pues al final cuando se obtiene la declaración judicial, la Administración Pública tiene que atenerse a lo que haya resuelto el juez en el sentido de interpretar la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el pago de los daños y perjuicios ocasionados a la contratista, el pago de los

trabajos ejecutados, así como el pago de los gastos no recuperables, gastos financieros y que constituyen pues, la acción restitutoria a favor de la contratista.

Lo que debe ocurrir en la Ley es que ese pacto comisorio que se encuentra reservado a la Administración Pública, sea simplemente planteado de manera bilateral, es decir, que al igual que la contratista, la dependencia o entidad también acuda ante el órgano jurisdiccional para demandar el incumplimiento de la contratista.

En otras palabras, si dentro de la necesidad por satisfacer el interés público, la Administración Pública determina la rescisión del contrato de obra pública por causas imputables a la contratista, en una clara actividad de juez y parte a la vez, que diferencia existe entonces si en su lugar se determinase la rescisión judicial del contrato de obra pública por causas imputables a la dependencia o entidad como órgano que la representa, máxime que ella tiene ese “poder” de actuar y “deber” de actuar también, en atención a las necesidades colectivas, y para el caso de incumplimiento de la contratista, también se determinara la rescisión judicial.

3.2.4. Vía legal para demandar la rescisión del contrato de obra pública.

El artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece cuál es procedimiento a seguir en caso de rescisión:

- I.- Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;
- II.- Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer, y
- III.- La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a o señalado por la fracción I de este artículo.

Pretende el legislador considerar que con este procedimiento se da cabal cumplimiento

con la garantía de audiencia consagrada en nuestra Constitución, pero no es así.

Nuestra actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 15 establece en su párrafo primero:

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales.

Su primera parte se refiere a los casos en que se presenten situaciones de interpretación de la Ley, en esta hipótesis caben un sin fin de posibilidades, por ejemplo, si durante la ejecución de un contrato de obra pública a precio alzado, se aplicaron ajuste de costos, por un alza en los materiales que se van a utilizar en la misma, pues resulta que en este tipo de contratos no opera el ajuste de costos, sino más bien una modificación al contrato original por esas causas, es que resulta necesario demandar ante el Juez de Distrito en Materia Administrativa tal circunstancia.

Para la hipótesis de la aplicación de la Ley, por ejemplo, podría darse el caso que una entidad necesita la realización de una obra pública, pero no se encuentra facultada para ello, entonces aún y cuando ésta haya realizado un procedimiento licitatorio, resulta que será nulo puesto que no es competente para ello, porque no es aplicable esta Ley a esa autoridad administrativa.

En su parte final señala “o de los contratos celebrados con base en ella”, así lo establece para diferenciar a los contratos de obra pública de los actos o convenios que puedan en un momento dado darse con motivo del procedimiento licitatorio, sobre el resultado del procedimiento conciliatorio como ejemplo de ello.

La propuesta va más allá del simple hecho de decir, que cualquiera de las partes, ya sea la contratante o la contratista, pueden rescindir el contrato de obra pública basado en el pacto comisorio a que se refiere el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Es oportuno que desaparezca la rescisión administrativa del contrato de obra pública, a efecto de obtener equidad jurídica entre las partes contratantes; asimismo y para el caso de que se verifique el incumplimiento del contrato de obra pública o dicho de otra forma, que cualquiera de las partes incumpla con las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de obra pública, la otra parte, podrá acudir ante el órgano jurisdiccional para demandar la rescisión por incumplimiento.

En este caso, la dependencia o entidad será la encargada en cumplimiento de sus funciones administrativas y en aras de salvaguardar la satisfacción del interés general, de tomar las medidas precautorias que considere pertinentes para que la obra pendiente de ejecutarse sea concluida, se suspenda o se cancele, dependiendo del momento en que se demande el incumplimiento del contrato; como lo hace actualmente bajo la vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; esto deberá hacerlo para ambos casos de incumplimiento, es decir, ya sea que el incumplimiento provenga de la contratista o de la propia dependencia o entidad, para ello será necesario hacer algunas reformas a nuestra actual Ley así como a su Reglamento, y que forma parte del siguiente capítulo.

La presente propuesta está debidamente fundada en lo que corresponde a los artículos mencionados, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 1949 del Código Civil Federal; 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Así es, el primer precepto obliga al Estado a realizar obra pública y servicios relacionados con las mismas atendiendo a un procedimiento licitatorio para seleccionar al contratista que ofrezca las mejores condiciones, económicas, financieras y demás circunstancias. Es correcto decir que el objetivo que persigue este artículo es la debida aplicación de los recursos económicos y financieros con los que el Estado cuenta para ello, velar porque se lleven a cabo los procedimientos con total apego a la ley y observando en todo momento los principios que rigen el actuar de los servidores públicos encargados de realizar la obra pública todo esto con la única intención de satisfacer el interés general, pero el espíritu del constituyente y del legislador no se limita a considerar esa satisfacción de interés general entendiéndolo como el único interés general que tiene el Estado, es decir, que ese interés

general no se refiere a todas las necesidades que tiene la sociedad mexicana, sino a la necesidad que surja a través del tiempo en el ámbito de obra pública.

Este es el sentido que tiene dicho precepto, resulta pues que cuando los estudiosos del Derecho Público, propiamente del Derecho Administrativo; hablan de ese interés general que da vida, que es causa y finalidad de la función administrativa de la Administración Pública, se refieren al interés general en materia administrativa, porque sabemos que son muchas y de distinta índole, magnitud, complejidad y premura las necesidades del Estado Mexicano así como de su población. Porque hay necesidades colectivas en materia de salud, seguridad pública, educación, apoyo al campo, a las pequeñas y medianas empresas, necesidades en el campo de la ciencia y tecnología, avances médicos, etcétera.

Por otro lado, el artículo 1949 del Código Civil Federal, da la pauta para dejar bien establecido que en el caso del contrato de obra pública por tratarse de un contrato bilateral, oneroso, recíproco, es que las obligaciones que del mismo nacen se entienden recíprocas y por ello, el que resulte perjudicado puede resolver el contrato o exigir su cumplimiento.

Finalmente, el propio artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, dice que en el caso de que se susciten controversias con motivo de los contratos celebrados con base en esa Ley, serán resueltas por los tribunales federales; es decir, cuando se verifique el incumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de obra pública de que se trate, el perjudicado podrá exigir su cumplimiento o su resolución ante el órgano jurisdiccional.

El interés público que debe satisfacer la Administración Pública en materia de obra pública es solo uno de los muchos que tiene a su cargo en su forma de función administrativa; que cualquiera de las partes contratantes que incumpla con sus obligaciones derivadas de la celebración del contrato de obra pública, será demandado por la otra ante un órgano jurisdiccional competente.

Es importante decir, que no siempre se logran los objetivos planteados por el Estado, uno de ellos es en materia de la administración pública, pero otra también y no menos importante es en materia de impartición de justicia donde encontramos el apoyo necesario para tener una sociedad mas saludable, necesitamos un Estado más sano en cuanto a la administración de justicia se refiere, y los particulares o gobernados no son únicamente personas físicas también están las personas morales, los inversionistas nacionales y extranjeros; entonces para llegar a ese Estado más sano y que pueda jactarse de ser un Estado de Derecho la Administración Pública, no debe en materia de obra pública resolver los contratos de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, sino es necesario que sea en el ámbito de la impartición de justicia.

Aunado a lo anterior, la economía de nuestro país no es de las mejores, muchos menos de las más prometedoras no para el inversionista extranjero o para efectos de la globalización, sino para nosotros los mexicanos, nuestros inversionistas, empleados, trabajadores y obreros en materia de construcción, son muchas casi innumerables empresas mexicanas, pequeñas y medianas sobre todo, que a raíz de haber sido notificadas de la rescisión administrativa del contrato que celebraron con el Estado en materia de obra pública, han desaparecido y con ellas toda la mano de obra queda desempleada, ocasionando con ello diversos efectos en materia de empleo; las empresas luchan en contra de esas resoluciones administrativas faltas de dinero para pagar la asesoría legal que se requiere, deben continuar pagando sueldos, salarios, tratar de seguir viviendo en el inmenso mar de empresas constructoras, son víctimas de huelgas, quiebra, por poner algunos ejemplos. Este también es un aspecto que el Estado debe vigilar, que se encuentre un equilibrio respecto a los otros aspectos sociales, financieros, políticos que están entrelazados en la vida cotidiana de nuestro país, no solamente el interés general de obra pública debe estar vigilado por él, también se requiere de una economía más sana, estable, creciente en vías de un mejor desarrollo, ese es otro punto del interés general, su economía; entonces es indispensable esa sanidad en nuestras autoridades, ya que cuando se rescinde administrativamente un contrato de obra pública no se resuelve la misma, no se satisface el interés general, se ocasionan muchos otros problemas, además se perjudica de alguna manera la economía del país.

Los contratistas aunque no siempre son los únicos que cumplen con sus obligaciones, pero también es necesario reconocer que la Administración Pública incumple de diversas formas con las que tiene a su cargo, efectivamente, suele pasar que la contratista se atrasa en el cumplimiento del contrato, por ejemplo, en la fecha de inicio de los trabajos, en la terminación satisfactoria de los trabajos, es decir, en la fecha estipulada, pero cierto es también que esos atrasos tienen “justificación”, la dependencia o entidad, no pagan los anticipos a tiempo, no revisan las estimaciones en los términos establecidos, no permiten el acceso al lugar de los trabajos, y esas circunstancias no son tomadas en cuenta de manera imparcial al momento en que rescinde administrativamente el contrato, simplemente señala que las pruebas y argumentos ofrecidos por la contratista no son idóneos para desvirtuar el incumplimiento que se le imputa, entonces qué caso tiene que se le proporcione un término para tratar de combatir administrativamente esa rescisión, sino se actúa con imparcialidad.

Por otro lado, es grave, muy grave, que no se haya analizado a conciencia el hecho de que la Ley en el último párrafo del artículo 15 diga que los actos, convenios o contratos que sean celebrados en contravención a esa ley serán nulos previa declaración de la autoridad competente; ya que en el caso de la rescisión administrativa se tiene entonces por válida hasta que no sea declarada su nulidad, por lo siguiente, no es posible que se cumpla un acto de autoridad que de origen es nulo, cómo es posible que se dé cumplimiento en un tiempo indeterminado a un acto de autoridad afectado de nulidad, cuando la rescisión administrativa no está debidamente fundada ni motivada; cuando en realidad se está violando la garantía de audiencia que tiene el contratista ya que no ha sido oído ni vencido en juicio para demostrar que esa rescisión administrativa es nula.

Qué pasa si la rescisión administrativa es nula, el tiempo que dura el juicio respectivo que se está ventilando ante el órgano jurisdiccional, en el mejor de los casos que la contratista demande su nulidad, está obligado, por la ejecutoriedad del acto de rescisión administrativa, a pagar sobrecosto, o a que se le hagan efectivas las garantías de cumplimiento, por ejemplo. Esto resulta peor contemplando el hecho de que un acto administrativo o acto de autoridad está violentando las garantías constitucionales del contratista, y que pese a ello se le considera un acto legal.

Por todo lo anterior, la Administración Pública no debe rescindir administrativamente el contrato de obra pública bajo su único argumento de satisfacer el interés general en esa materia, debe velar por el equilibrio entre la satisfacción del interés general de todas las necesidades colectivas que se relacionen, sin pisotear los derechos de los contratistas.

La propuesta está encaminada a ayudar a un verdadero Estado de Derecho. Pues finalmente, el artículo 134 constitucional se encuentra en la parte orgánica de nuestra Carta Magna, en el apartado de previsiones generales y que precisamente comienza diciendo que los recursos económicos de que disponga el Gobierno Federal, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

La Administración Pública por un lado, aplica la ley en cuanto a que convoca públicamente a licitar para seleccionar al contratista que ofrezca las mejores condiciones para el Estado en materia de obra pública, pero por el otro lado, cuando la dependencia o entidad “considera” que hay incumplimiento de la contratista, aplica las disposiciones que se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, y rescinde administrativamente el contrato de obra pública, basándose en el hecho de que después de que el contratista tuvo oportunidad de combatir esos argumentos, determinó que no son idóneos ni suficientes para no rescindir el contrato, resultando con ello un acto de autoridad que no está debidamente fundado ni motivado, afectado además de nulidad, y su cumplimiento por parte de la contratista implica por ese solo hecho una violación a su garantía de audiencia; esto así es y no podíamos esperar lo contrario, ya que al tratarse de obra pública su importancia reviste consecuencias graves si no se actúa con apego a la ley, y resulta más fácil culpar al otro que reconocer el propio error, este es un aspecto subjetivo que afecta la determinación de la Administración Pública; ya que por tratarse de un acto de autoridad, la rescisión administrativa obliga al contratista a su cumplimiento y debe en todo caso demandar su nulidad y esperar la declaración judicial en ese sentido, pero al mismo tiempo cumplir con ese acto de autoridad; en otras palabras, está cumpliendo un acto de autoridad afectado de nulidad sin que haya sido oído ni vencido en juicio.

Otro punto que a considerar para proponer que desaparezca la rescisión administrativa del

contrato de obra pública, es el hecho de que, si la Administración Pública es la que debe demandar la rescisión del contrato porque detecta incumplimiento de la contratista, también debe demostrar previamente que está al corriente de sus obligaciones, porque de lo contrario, volvemos al vicio de que rescinde administrativamente por considerar que la contratista incumplió con sus obligaciones, sin reconocer primeramente que ella fue la que incumplió con las propias. Y si por el contrario, la contratista considera demandar la rescisión porque la contratante ha incumplido con sus obligaciones, tendrá que demostrar también que ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones.

Por lo tanto, para evitar que la Administración Pública viole garantías individuales de los contratistas, lograr un Estado de Derecho, y sanear la Administración Pública, la impartición de justicia del Estado Mexicano, el órgano jurisdiccional debe ser la autoridad competente para conocer de las controversias que se susciten con motivo del contrato de obra pública, su interpretación, cumplimiento y resolución, a través del Juicio Ordinario Federal promovido ante el Juez de Distrito en Materia Administrativa, en su caso, situación que ya se encuentra contemplada en la actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

CAPÍTULO 4

LA CONTRATANTE DEBE DEMANDAR LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA ANTE EL ORGANO JURISDICCIONAL

La rescisión de un contrato de obra pública debe atender en primer término al fin que persigue el Estado, es la satisfacción del interés general en materia de obra pública, pero sin perjudicar el interés de la otra parte. Tomando en cuenta los antecedentes previos a la contratación, la forma, términos, tiempo, calidad y eficiencia que se verifica durante la ejecución de los trabajos; así como las repercusiones económicas, financieras, legales, sociales, de seguridad y ambientales que pudieran originarse con la rescisión del contrato.

La Administración Pública determina rescindir administrativamente un contrato de obra pública porque considera que los trabajos contratados no se ejecutaron en la forma o en el plazo señalado determinado concepto, sin analizar todos los aspectos que involucran la ejecución de los mismos.

Es por eso, que a pesar de que tenga la facultad discrecional de rescindir administrativamente el contrato de obra pública de que se trate, no es ésta el medio idóneo para asegurar que dicha determinación resolverá efectivamente los problemas, defectos, atrasos o incumplimientos que se hayan presentado. Sobre todo tomando en cuenta que una vez que se notifica el inicio del procedimiento rescisorio, se causan más problemas que soluciones ya que de cualquier forma se debe terminar la obra contratada.

Tampoco resulta lógico que si la dependencia o entidad inician tal procedimiento rescisorio, asevere que existe causa de incumplimiento imputable al contratista, no reconocerlo de esa forma podría considerarse inexperiencia o falta de objetividad en la emisión de un acto de autoridad que conlleva consecuencias económicas, financieras y jurídicas también para el Estado.

Desafortunadamente aún no contamos con un sistema administrativo que elimine el factor humano en las determinaciones de la Administración Pública, y por ello, a pesar de la ley,

se cometen abusos, se consienten irregularidades que además de perjudicar al contratista desfavorecen el desarrollo económico del país y quebrantan su equilibrio financiero.

Evitar dichas consecuencias parece imposible, pero existen medios que resultan eficientes y lo es la imparcialidad de la autoridad judicial, es por eso que para hablar de **equidad jurídica** en las rescisiones de contratos de obra pública es menester acudir a dicha imparcialidad.

4.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADAS CON LAS MISMAS

Existen diversos tipos de interpretación de la ley, entre ellos destaca el método de interpretación filológica mediante el que se busca encontrar lo que el legislador quiso decir, esto es, la intención puramente subjetiva del legislador y que también se le conoce como interpretación literal.

El método exegético, en el que se busca aclarar el texto de la ley, más no interpretar el Derecho; es decir, cuando la ley es clara no será necesario utilizar ningún método puesto que la interpretación será gramatical, en caso contrario, es indispensable recurrir a una interpretación lógica que de resultar insuficiente para el intérprete, deberá apoyarse en otros medios como **la equidad**, la aplicación de los principios generales del derecho, del examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos, análisis de la tradición histórica, la costumbre, argumentos a contrario, argumentos de razonamiento de analogía, para todos aquellos casos en lo que existan casos no previstos por la ley.

Este método tiene como obstáculo que cuando en un mismo caso existan dos leyes que lo regulan pero que son contrarias entre sí, entonces debe desecharse la demanda, dejando de resolver la controversia planteada, es decir, no resuelve la duda.

Otra corriente que surge en la época contemporánea es la Escuela del Derecho Libre, método de interpretación de la ley que se basa en el hecho de que una vez que se ha formulado ésta, empieza una vida propia, sujeta a la influencia que sobre ella hacen los

diversos cambios que trae consigo la evolución social y el progreso de las ideas, es decir, que se moldea de acuerdo a estos cambios y a su ritmo.

En este método, interpretar la ley resulta igual a investigar el contenido de la voluntad legislativa a través de la fórmula que expresa, pero cuando hay un caso no previsto por la ley, sostiene que no estamos en presencia de interpretación de la ley sino más bien de una laguna la cual hay que colmar.

También considera que los preceptos no se encuentran aislados unos de otros, sino que para realizar una adecuada interpretación, se debe tomar en cuenta el sistema jurídico al que pertenece, tanto material como cronológico, en resumen, toma en cuenta las circunstancias sociales, económicas, técnicas, jurídicas para las cuales fue elaborada, con la única finalidad de encontrar el fin propio de la ley.

Entre sus principales miembros, se encuentra Geny, quien dice que para llevar a cabo una adecuada interpretación de la ley no basta con tomar en cuenta las circunstancias bajo las cuales fue formulada, ni la época y finalidad para la cual fue elaborada, sino que también en aquellos casos en los que no prevé la ley, se debe hacer uso de los medios de integración de la misma como lo son la analogía, que considera como un procedimiento interpretativo en el que se establece una ficción de una supuesta voluntad legislativa, es decir, si el legislador en caso de una laguna de la ley la hubiera podido contemplar, lo hubiera resuelto de tal o cual forma.

Que en los casos de lagunas en la ley, el juez toma importante relevancia ya que se convierte en un legislador delegado, el cual al momento de formular la ley, debe ser objetivo, libre de todo prejuicio e influencia personal, aunque libre para establecer las reglas de carácter particular al caso concreto.

Por lo que este método, diferencia entre interpretar la ley para aplicarse al caso concreto y, la integración de la ley que ha de servir en casos de una laguna.

Al final esta Escuela llega a sostener que el sentido de la ley no descansa en la voluntad

del legislador, sino mas bien en la voluntad del Estado, y que la ley no está condicionada al momento de su aplicación, sino que debe tomarse en consideración las nuevas exigencias de la época y que es entonces la posibilidad de adaptabilidad lo que le permite a la ley ser aplicada debido a la multiplicidad de interpretación.

La tesis de Kelsen, se aparta totalmente del elemento subjetivo de los métodos de interpretación de la ley, al sostener que debe interpretarse atendiendo la jerarquía que tienen las leyes en razón al sistema jurídico al que pertenecen, por eso dice que hay diversos métodos de interpretación, y de ahí ocurre que no existe ningún criterio que permita decidir cuál método de interpretación se debe aplicar en tal o cual caso; y que, si una persona pretende exigir algún derecho, primero se debe buscar en la ley si existe ese derecho a exigir, si no lo hay, significa que no tiene ese derecho, más no que la ley tiene lagunas.

Por eso sostiene que las lagunas de la ley no deben llenarse por analogía, ya que ésta no conforma una norma toda vez que no es obligatoria, por el contrario la analogía quita la ley para poner en su lugar una nueva que es más justa.

Que se presentan lagunas técnicas cuando el legislador omitió reglamentar algo que era indispensable para poder aplicar una ley o precepto determinado a un caso en concreto, es decir, que se debe realizar tal o cual cosa pero no dice por cuales medios, y que, por lo tanto, cualquiera que se utilice para cumplir con la ley será válido.

Por último resalta la labor del juzgador, la cual considera como creadora ya que queda como un legislador delegado para resolver un caso particular, diferenciándose en este punto del legislador ya que el primero resuelve en lo particular y el segundo, realiza leyes para ser aplicados a la generalidad. Con la única limitante para el juez en el sentido de que es libre para crear una norma nueva, pero no es libre para elegir el momento en el que debe fungir como legislador delegado.

En relación a ello, el maestro García Maynes, comenta que no es que la ley tenga varios significados de acuerdo a varios casos parecidos, y que cualquiera puede considerarse

válido; sino que puede haber diversas clases de problemas o casos concretos a los que se debe aplicar la ley, y el papel que juega la interpretación es encontrar la norma que ha de aplicarse al caso concreto con su significado objetivo.

Por lo tanto es posible concluir que, la analogía es un método de integración de la ley; los principios generales del derecho hay que aplicarlos, y a la ley hay que interpretarla con ayuda de diversos medios con la única finalidad de encontrar su sentido objetivo para ser aplicado al caso concreto, eso es lo que se denomina interpretación jurídica.

Por lo anteriormente dicho y para efectos del presente trabajo de investigación corresponde una interpretación jurídica de los preceptos “problema”, que son motivo de la propuesta de reforma a la vigente Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

4.1.1. Interpretación jurídica del artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

El artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su primera parte señala:

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

En esta primera parte, se observa que la Administración Pública goza de una facultad discrecional para rescindir administrativamente un contrato de obra pública.

Que si bien es cierto, señala que para el caso de que determina rescindir administrativamente dicho contrato, deberá tomar en cuenta ciertas circunstancias que representen incumplimiento, también lo es que el verbo “podrá”, significa una posibilidad de.

Asimismo, deja abierta esa posibilidad de considerar que existe incumplimiento por parte

de la contratista como base para poder rescindir administrativamente el contrato respectivo, pues no señala los requisitos que debe reunir para llegar a tal determinación, es decir, únicamente exige que se realice en base al procedimiento que enseguida señala, pero no se refiere a la forma en cómo ha de acreditarse tal incumplimiento.

Relacionado con ello está lo que dispone el Reglamento de la Ley Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 124 que señala:

La rescisión administrativa de los contratos deberá ser el último medio que las dependencias y entidades utilicen, ya que en todos los casos, previamente, deberán promover la ejecución total de los trabajos y el menor retraso posible.

Porque no señala los lineamientos o criterios bajo los cuales se debe regir tal facultad discrecional de considerar oportuno o no, rescindir administrativamente un contrato, o por el contrario, promover la ejecución total de los trabajos; en virtud de que, puede que se den condiciones económicas que hagan imposible la continuación los trabajos, o por el contrario, que esas mismas condiciones económicas hagan sostenible la conclusión de los trabajos aun y cuando no se realice dentro del plazo establecido para la terminación de los mismos.

Ello es así puesto que, la Administración Pública del Estado Mexicano tiene entre otras atribuciones, la de la función administrativa de satisfacer el interés público en materia de obra pública.

El legislador de una u otra forma, se está percatando que con el hecho de rescindir administrativamente el contrato de obra pública no resuelve el problema de fondo que se traduce en su principal objetivo, la plena satisfacción del interés público. Sin embargo, aún no ha encontrado otra alternativa que sea viable y que al mismo tiempo asegure al Estado resolver de la mejor manera sin afectar al interés general, así como tampoco impactar negativamente al contratista.

Por otro lado, y en este orden de ideas, el artículo 1949 del Código Civil Federal, en su

primer párrafo refiere que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

Esto es lo que en la doctrina conocemos como pacto comisorio, y que ha quedado establecido en el capítulo anterior en el sentido que, en el caso del contrato de obra pública dicho pacto, por disposición de la Ley, se encuentra reservado únicamente para la dependencia o la entidad.

Esto no significa que para el caso de que la contratante incumpla no pueda ser resuelto el contrato, sino que en ese supuesto, la contratista para poder rescindir el contrato debe forzosamente demandar ante el órgano jurisdiccional competente.

Esta facultad discrecional, ha sido entendida incorrectamente por la Administración Pública, en virtud de que, por considerar la dependencia o entidad que la contratista ha incurrido en incumplimiento del contrato de obra pública, rescinde administrativamente sin que previamente documente por lo menos que por su parte, ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones a su cargo, lo cual resulta indispensable si consideramos que el citado pacto comisorio se refiere a que, el que decide resolver la obligación recíproca, es porque el otro no cumple con lo que se comprometió; por lo tanto, en una correcta interpretación jurídica se desprende que, el único que está en la posibilidad de resolver es la parte que si cumple con sus obligaciones.

Por lo tanto, es incorrecta la forma en que actúa la Administración Pública, ya que ha sido suficiente que ella considere que la contratista aparentemente incumplió con sus obligaciones, para que justifique la rescisión administrativa del contrato. Porque cabe la posibilidad de que del primer incumplimiento se derive del que reclama.

La actual Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas no exige a la dependencia o entidad que previo al inicio del procedimiento rescisorio del Contrato de Obra Pública acredite que ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones a su cargo.

Lo cual tiene su fundamento tanto en el segundo párrafo del citado artículo 1949 y que

dice:

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos.

Y en el propio artículo 124 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su segundo párrafo , establece tres fracciones las cuales se refieren a:

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

- I. Se iniciará a partir de que el contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes.

Es oportuno recordar que está en estudio un contrato administrativo, que es regulado por una ley de orden público, en el que una de las partes contratantes es la Administración Pública, por lo tanto, todos los actos jurídicos que realice son de naturaleza administrativa, verdaderos actos de autoridad; por lo que, el inicio del procedimiento de la rescisión administrativa, es un acto administrativo de autoridad.

De su lectura, se pretende justificar que se está cumpliendo con el principio de legalidad consagrado por el artículo 14 Constitucional, en su parte que dispone que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En esta primera etapa del procedimiento rescisorio, se establece que el mismo inicia con la notificación al contratista de que se ha determinado la existencia de incumplimiento imputable a él, es decir, es el acto preliminar cuya finalidad es la de resolver un contrato

de obra pública.

Enseguida, señala un plazo de quince días hábiles que tiene el contratista para alegar lo que a su derecho convenga así como aportar las pruebas que estime pertinentes; sin embargo, aún no ha sido oído ni vencido en juicio, cuando desde la notificación del inicio del procedimiento rescisorio se le indica que la dependencia o entidad ya concluyó que incurrió en incumplimiento, por lo tanto, no se cumplen con las formalidades esenciales del procedimiento, en virtud de que, una vez que se notifica el inicio de dicho procedimiento, se deja de cubrir a la contratista cantidad alguna aún respecto de trabajos ya ejecutados, es decir, se verifica un acto de molestia cuando al mismo tiempo se pretende dar inicio a un procedimiento que de nada sirve al contratista si ha visto ya afectados sus derechos por ejemplo, de recibir la contraprestación por los trabajos ejecutados.

La fracción segunda señala:

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer, y.

Esta fracción reitera la facultad discrecional que tiene la dependencia o entidad para rescindir administrativamente el contrato de obra pública, porque a pesar de que señala que deberá tomar en cuenta los argumentos esgrimidos por el contratista, sólo lo hará desde su punto de vista, es decir, desde la propia conveniencia de la Administración Pública como la otra parte contratante que es; lo cual refleja una determinación parcial carente de los principios de igualdad y equidad que debe contener su resolución, pero sobre todo de legalidad y buena fe .

Por otro lado, la contratante, dependencia o entidad, actúa en ese momento como juez y parte, a pesar de que es una autoridad administrativa, quien formalmente emite los actos que se derivan del procedimiento rescisorio; porque está intentando resolver una controversia relacionada con el incumplimiento o no de su contraparte respecto de las obligaciones que derivan del contrato que las vincula; y por el otro lado, debe defender el hecho de que tiene razón para resolver dicho contrato, lo cual de acuerdo a nuestra Carta

Magna esta prohibido.

Lo anterior se corrobora con lo que establece el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 125 que dice:

Cuando la dependencia o entidad sea la que determine rescindir un contrato, dicha rescisión operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, bastando para ello que se cumpla con el procedimiento que para tal efecto se establece en la Ley.

Como se aprecia en este precepto, ya no se utiliza la palabra “podrá” si no que habla de “determinar”, esto es, se refiere a que la dependencia o entidad ha llegado a la conclusión, previo a considerar las situaciones del caso concreto que la rescisión administrativamente es lo que procede ante el supuesto incumplimiento imputable al contratista. Y únicamente exige como requisito previo para tener por válido el acto rescisorio, un acto de aprobación que en el caso particular lo constituye el procedimiento que establece el artículo 61 en estudio.

Es importante tener presente que se trata de un contrato bilateral, en el que además de contener obligaciones recíprocas, en el mismo sentido también genera derechos, por lo que si el acto de rescisión administrativa necesariamente trae aparejada su ejecutoriedad implica para el contratista su cumplimiento, dejándolo en total estado de indefensión, ya que no ha sido oído ni vencido en juicio para reclamar en su caso, que dicha rescisión administrativa no está debidamente fundada ni motivada porque además no se siguieron las formalidades esenciales del procedimiento, y considerar un incumplimiento no equivale a decir que está plenamente acreditado que existe incumplimiento imputable al contratista, porque únicamente se cuenta en la Ley con un acto de aprobación para que el acto final de rescisión administrativa se considere válido.

La fracción tercera dice que:

III. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser

debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado por la fracción I de este artículo.

En la mayoría de los oficios que contienen la rescisión administrativa del contrato de obra pública, se citen los preceptos legales que prevén la facultad discrecional de la Administración Pública para determinarla procedente, y como argumento señalan que la contratista incumplió alguna cláusula contractual sin que se observe un análisis lógico – jurídico que sirva como causa legal para motivar tal resolución. Pero principalmente, omiten precisar que la dependencia o entidad cumplió con las obligaciones a su cargo, ya que no puede decir que la otra incumplió si dicho “incumplimiento” se derivó o pudo derivarse del generado por la dependencia o entidad.

Tampoco señalan que no es contraproducente determinar la rescisión administrativa.

Por lo tanto, es de concluirse que al no existir **equidad jurídica** al momento de rescindir administrativamente un contrato de obra pública, y que por lo tanto, puede adolecer de la debida fundamentación y motivación, así como del cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento; estamos ante un acto administrativo que transgrede los principios fundamentales de seguridad jurídica y de legalidad, este es el argumento para proponer la desaparición de dicha figura jurídica denominada rescisión administrativa.

Aunado a lo anterior, está el hecho de que desde el inicio del procedimiento sin que se haya comprobado la falta de cumplimiento por parte del contratista, se han afectado sus intereses contractuales que se reflejan en un daño a su patrimonio que en la mayoría de los casos tiene como consecuencia su extinción, porque desde ese momento se verifican sus efectos jurídicos.

4.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADAS CON LAS MISMAS

Este precepto abarca tres formas de resolver el contrato de obra pública, la primera de ellas es la suspensión de los trabajos, que de acuerdo al artículo 60 se puede presentar

una causa que lo justifique, es decir, que no se trata de una suspensión discrecional, sino que debe ser justificada, entendiéndolo en el sentido de que sea una causa que no constituya incumplimiento al contrato mismo, ni se trate de una razón de interés general y se demuestre que en caso de continuar con los trabajos se ocasionaría un daño o perjuicio grave al Estado, porque estaríamos ante la presencia de una terminación anticipada, que es la segunda de las formas.

La tercera, se presentará cuando exista incumplimiento al contrato lo que acarrea su rescisión administrativa y que es motivo del presente trabajo, por lo tanto el análisis de dicho precepto se enfoca exclusivamente a dicha figura jurídica de rescisión administrativa.

4.2.1. Interpretación jurídica del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

En este artículo se desprende que se encuentran inmersamente contempladas, tanto, la Teoría de la Imprevisión, como el caso fortuito y la fuerza mayor, y señala:

Artículo 62. En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos deberá observarse lo siguiente:

I. Cuando se determine la suspensión de los trabajos o se rescinda el contrato por causas imputables a la dependencia o entidad, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionan directamente con el contrato de que se trate.

Esta primera fracción, indica que en cuanto se rescinde el contrato por causas imputables a la contratante, ésta debe pagar gastos no recuperables, sin embargo, no es la única consecuencia jurídica que provoca dicha rescisión, ya que además se le puede condenar al pago de gastos financieros los cuales operan en caso de que no haya pagado las estimaciones correspondientes en el tiempo que señala la ley, la firma de convenios

modificatorios en el que se reconozca que se ejecutaron otros trabajos no previstos en el contrato original, por ejemplo, o que al ejecutarse trabajos adicionales el tiempo de terminación se debió recorrer en el mismo período en que se llevaron a cabo.

La rescisión administrativa deriva necesariamente del incumplimiento de las obligaciones imputable al contratista y representa para la obra pública, otra de las causas que afectan la ejecución de los trabajos, sin embargo, también afecta las mejores condiciones que deben asegurarse al Estado, ya que no sólo se refiere a que dichas condiciones se verifiquen en las propuestas, sino también en el cumplimiento de los contratos.

Por otro lado, dicho artículo también menciona a la terminación anticipada, que se da en los casos de caso fortuito o fuerza mayor, por motivo del interés general, un ejemplo, podría ser que al estarse ejecutando la obra para la realización de un puente vehicular, se presenta un sismo de magnitud considerable, que descubrió una falla en el suelo que lo hace inadecuado para que por ahí pase el puente que se estaba construyendo.

Lo importante de la terminación anticipada del contrato, radica en el sentido de que la presente propuesta necesita que la dependencia o entidad al momento de acudir ante el órgano jurisdiccional para la correspondiente rescisión del contrato, tendrá forzosamente que tomar medidas precautorias para que no se afecte la terminación de los trabajos pendientes de ejecutarse, y que no sea contraproducente demandar al contratista; y es que, cuando se determina la terminación anticipada, la contratante, de acuerdo a la Ley toma medidas precautorias con respecto a los trabajos pendientes de ejecutar, ya que los puede suspender o de inmediato adjudicar a la siguiente propuesta que quedó en segundo lugar derivado de la licitación pública. Procedimiento que podría ser adecuado también para los efectos de la presente propuesta de reforma.

Esta fracción deberá permanecer en el mismo sentido para la suspensión de los trabajos, pero deberá ser reformado en cuando a la rescisión, porque lo que se pretende es que sea declarada por la autoridad jurisdiccional.

La fracción II señala:

En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, una vez emitida la determinación respectiva, la dependencia o entidad precautoriamente y desde el inicio de la misma, se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aun no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito que proceda, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la comunicación de dicha determinación, a fin de proceder a hacer efectivas las garantías. En el finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aun no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados.

Esta fracción es por demás injusta, ya que una cosa es tomar medidas precautorias para asegurar la terminación de los trabajos aun no ejecutados, y otra es argumentar que con motivo del incumplimiento del contratista, la dependencia o entidad deja de tener la obligación de pago respecto de lo que si se dio cumplimiento por parte de la contratista, hasta en tanto no concluya el procedimiento rescisorio, porque además, tarde o temprano si hay trabajos ejecutados pendientes de pago deberán ser cubiertos, sin embargo ha causado ya un impacto financiero negativo sobre el patrimonio del contratista. Aunado al hecho de que, es incongruente que la dependencia o entidad inicie un procedimiento bajo el argumento de que su contraria dejó de cumplir con sus obligaciones y que al final determine no rescindir administrativamente el contrato, porque los argumentos de la contratista fueron suficientes, en virtud de que se estaría contradiciendo, sería tanto como reconocer que en realidad no existió incumplimiento imputable al contratista, lo cual significarían daños y perjuicios irreparables tanto para él como para el Estado porque se habrían suspendido los trabajos pendientes de ejecutar sin existir fundamento ni motivo para ello.

Porque las medidas precautorias están encaminadas a recuperar el lugar donde se lleva a cabo la obra, la maquinaria o equipo que, en su caso, hayan sido entregados por parte de la dependencia o entidad; recuperar los documentos que se facilitaron para la ejecución de los trabajos, llámese proyecto, normas de calidad, etcétera; suspender el pagando de anticipos para los siguientes ejercicios.

El finiquito correspondiente, debe ser el medio legal en el que la dependencia o entidad hará valer sus derechos en cuanto a financiamiento se refiere, no antes; porque como se ha visto, aun ni siquiera ha iniciado el procedimiento rescisorio, y ya se está considerando al contratista, antes de ser oído y vencido en juicio, como imputable de incumplimiento, y esto lo único que ha generado hasta nuestros días es que la Administración Pública tenga que pagar gastos no recuperables, gastos financieros y otras prestaciones como daños y perjuicios al contratista lo que refleja una inestabilidad en nuestra economía, ya que son gastos no previstos en los presupuestos autorizados.

El segundo párrafo de este artículo bajo interpretación jurídica establece que las dependencias y entidades podrán optar entre aplicar las penas convencionales o el sobrecosto que resulte de la rescisión, debiendo fundamentar y motivar las causas de la aplicación de uno o de otro.

Esta parte nos remite a la naturaleza jurídica del contrato de obra pública, es decir, se trata de un contrato de adhesión, porque la contratista cuando formaliza el contrato lo único que hace es adherirse a las cláusulas predispuestas en lo que fueron las bases de licitación, y entre esas cláusulas puede estipularse que para el caso de incumplimiento del contratista, se aplique un diez por ciento del valor del contrato, como pena convencional con motivo de su incumplimiento, por ejemplo.

Este tema de las penas convencionales, se puede observar en cualquier contrato bilateral oneroso, y que consiste en la libertad contractual que tienen las partes, tratándose de contratos regulados por el derecho privado.

Ahora bien, el sobrecosto, se refiere a que una vez realizado el finiquito correspondiente, se podrá establecer cual será el nuevo precio o valor de los trabajos que quedaron pendientes de ejecutar y que correrán a cargo del contratista que incumplió, porque representó un gasto no contemplado desde el inicio.

La fracción tercera establece las consecuencias que se verifican cuando se da la terminación anticipada de los contratos, ya que habla de los pagos a los que está obligada

a realizar al contratista que optó por no ejecutar la obra por causas de interés general (caso fortuito o fuerza mayor), y que también se traducen en la acción restitutoria de la que tiene el derecho a ejercer el contratista en estos casos, así dispuesto por la ley:

Cuando se den por terminados anticipadamente los contratos, la dependencia o entidad pagarán al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate.

Esto es lógico, ya que tampoco significa que la contratista pueda reclamar el pago de ningún otro concepto que no se relacione estrictamente con el contrato respectivo, porque entonces estaríamos en la presencia de la posible comisión de un delito.

La siguiente fracción, establece que cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá optar por no ejecutarlos. En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá solicitarla a la dependencia o entidad, quien determinara lo conducente dentro de los quince días naturales siguientes a la presentación del escrito respectivo; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial, la declaratoria correspondiente, pero si la dependencia o entidad no contesta en dicho plazo, se tendrá por aceptada la petición del contratista.

Esta fracción señala cual es el procedimiento que la contratista debe seguir para los casos específicos de que opte por no ejecutar la obra cuando se haya presentado una causa de fuerza mayor o caso fortuito; pero de manera singular, no resulta arbitraria como en el caso de la rescisión administrativa, a pesar de que la causa no fue el incumplimiento de ninguna de las partes, sino causas ajenas a su voluntad pero que de igual forma pueden afectar el interés general y sobre todo el interés de un particular como lo es el contratista y, de manera indirecta, el de los destinatarios o usuarios de la obra.

Finaliza este precepto con reglas que establecen de alguna manera las medidas precautorias que deben tomar las dependencias o entidades en caso de que se verifique

una terminación anticipada de los trabajos o la rescisión del contrato, sin embargo, no existe nada respecto a los casos en los que la contratista sea la que determine acudir ante el órgano jurisdiccional para que se rescinda el contrato; por lo que si los efectos de la rescisión administrativa es resolver las obligaciones que derivan del contrato de obra pública, bien cabe decir que se siga el mismo procedimiento precautorio en el caso de que se demande la rescisión ante la autoridad judicial.

4.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 125 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

En esta oportunidad, se analiza el artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en virtud de que ser la regla que se sigue en caso de la rescisión administrativa del contrato de obra pública respectivo.

4.3.1. Interpretación jurídica del artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

El artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone que:

Cuando la dependencia o entidad sea la que determine rescindir un contrato, dicha rescisión operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, bastando para ello que se cumpla el procedimiento que para tal efecto se establece en la Ley; en tanto que si el contratista es quien decide rescindirlo, será necesario que acuda ante la autoridad judicial federal y obtenga la declaración correspondiente.

Destaca en este artículo el hecho de que menciona que la rescisión administrativa del contrato de obra pública, operará de pleno derecho.

En nuestro sistema jurídico mexicano los actos administrativos no operan de pleno derecho, sino por virtud de la ley; la rescisión administrativa es un acto de autoridad, el

cual por su propia naturaleza acarrea ejecutoriedad, ya que es un acto administrativo que al momento de ser emitido y notificado a su destinatario es obligatorio en su cumplimiento, y en el caso de que no sea así, la autoridad administrativa tiene la facultad de hacer uso hasta de la fuerza pública para hacerse obedecer.

Por otro lado, como requisito para tener por válido el acto de rescisión administrativa, dice que basta con que se cumpla con el procedimiento a que se refiere el artículo 61 de la ley de la materia, esto es, que a ese procedimiento le da el carácter de acto de aprobación, previo al acto mismo de rescisión administrativa; mismo que ha sido analizado y es a todas luces un procedimiento que no satisface los requisitos exigidos por los artículos 14 y 16 constitucionales.

Por otro lado, este precepto legal resulta parcial y desigual, ya que a la contratante le facilita el medio que utiliza para resolver el contrato, y por el otro, exige al contratista que acuda ante otra autoridad distinta de la administrativa para que en su caso, argumente lo que a su derecho convenga en relación a la intención de rescindir el contrato respectivo. Es decir, que el contrato de obra pública hasta el momento se resuelve de acuerdo a los intereses de la Administración Pública, y no atendiendo la generalidad del acto jurídico, en otras palabras, se aplican diferentes procedimientos para resolver un mismo contrato. Asimismo, ni la ley ni el contrato es interpretado por las mismas autoridades.

De lo anterior, se colige que es de suma importancia dejar establecido que la rescisión administrativa es un acto de autoridad que afecta tanto los derechos fundamentales del contratista, contrariando nuestro sistema jurídico, y por otro lado, deviene de ineficiente para asegurar al Estado las mejores condiciones en el campo de cumplimiento del contrato porque pareciera que lo que en realidad se busca es un beneficio temporal meramente económico, apartándose de lo que se ordena en el artículo 134 de la Constitución Federal.

4.4 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADAS CON LAS MISMAS

La necesidad de analizar el artículo 127 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas radica en el hecho de que numera las causas que deben presentarse para que la dependencia o entidad esté en posibilidades de rescindir administrativamente el contrato.

Sin embargo, en la práctica y a pesar de su existencia no hay equidad en torno al procedimiento rescisorio del contrato de obra pública.

4.4.1. Interpretación jurídica del artículo 127 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Este artículo nos enuncia una lista de las causas por las cuales la dependencia o entidad estará en la posibilidad de rescindir administrativamente el contrato, todas ellas imputables al contratista; sin embargo, nada dice sobre las causas de rescisión imputables a la dependencia o entidad, lo cual queda como una situación no prevista y que al momento de demandar ante la autoridad judicial, queda al buen arbitrio del juzgador establecer de manera particular en cada caso, que los argumentos del contratista se consideren como causas de rescisión imputables a la Administración Pública, es decir, si el contratista quisiera rescindir el contrato, por principio de cuentas el juzgador dirá que la ley no establece cuáles son las causas que el contratista debe demostrar en las que incurrió la dependencia o entidad para demandar la rescisión por causas imputables a ésta, por lo que se basa primordialmente en tener por acreditado el cumplimiento de la contratista, lo que necesariamente implica ausencia de causas para rescindir administrativamente el contrato de obra pública, es decir, no está fundada ni motivada.

De ahí que, el juzgador efectivamente se vuelve un legislador delegado y debe por tanto realizar una interpretación jurídica de la ley y el contrato mismo, para que al final logre encontrar el sentido objetivo de la ley que aplicará al caso concreto, es decir, debe determinar que la contratante incumplió con las obligaciones a su cargo derivadas del contrato, la ley y demás disposiciones aplicables.

Bien, el artículo en análisis establece como causas de rescisión administrativa imputables al contratista las siguientes:

Artículo 127. Las dependencias y entidades procederán a la rescisión administrativa del contrato cuando se presente alguna de las siguientes causas:

I. Si el contratista, por causas imputables a él, no inicia los trabajos objeto del contrato dentro de los quince días siguientes a la fecha convenida sin causa justificada conforme a la Ley y este Reglamento.

Cuando la dependencia o entidad determina la rescisión administrativa del contrato, debe no solamente escuchar al contratista sus razones por las cuales considera que el incumplimiento de iniciar los trabajos en la fecha establecida en el contrato, no es imputable a él, sino que debe primero demostrar que entregó el lugar en el que se van a realizar los trabajos, porque lo que en la práctica ocurre es que la dependencia o entidad elabora un oficio en el que señala que hizo la entrega del lugar, pero no establece los datos de la fecha, hora y personas asignadas que realizó la entrega material del lugar, y si esa es la causa por la que el contratista no inicia los trabajos en la fecha preestablecida, se estaría eximiendo de responsabilidad a la dependencia o entidad en su incumplimiento.

II. Si interrumpe injustificadamente la ejecución de los trabajos o se niega a reparar o reponer alguna parte de ellos, que hubiere sido detectada como defectuosa por parte de la dependencia o entidad.

Es claro que se pueden presentar circunstancias que quedan fuera de lo estipulado en el contrato respectivo, por eso existe la figura del supervisor de obra designado por la dependencia o entidad, para determinar en su caso, que una parte de los trabajos se detectó defectuosa o es imposible ejecutarse en la forma que se tenía prevista; la dependencia o entidad debe apoyarse precisamente en el contrato, proyecto y normas de calidad que quedaron preestablecidas, es decir, tampoco debe quedar a capricho o actitudes de mala fe estas consideraciones hechas por la dependencia o entidad.

III. Si no ejecuta los trabajos de conformidad con lo estipulado en el contrato o sin motivo justificado no acata las órdenes dadas por el residente de obra o por el

supervisor.

Al momento de formalizar el contrato adjudicado, la contratista demostró que reúne todas las cualidades y calidades que requiere la Administración Pública para llevar a cabo cierta obra pública, entonces se entiende que se celebra el contrato de buena fe y en estricto apego a lo establecido por las leyes, tratados y demás disposiciones aplicables. El problema es que la interpretación de estos ordenamientos al momento de ser aplicados al contratista hasta el momento es una interpretación insana, parcial y subjetiva, ya que no se aprecia equidad en los medios de que disponen las partes del contrato en caso de controversia.

Por lo tanto, no debe quedar como regla general que se estará a lo ordenado por el residente de obra porque se puede dar el caso de que el supervisor de obra ordene lo contrario.

IV. Si no da cumplimiento a los programas de ejecución por falta de materiales, trabajadores o equipos de construcción y, que a juicio de la dependencia o entidad, el atraso pueda dificultar la terminación satisfactoria de los trabajos en el plazo estipulado.

Los materiales, trabajadores o equipos de construcción representan gastos directos e indirectos que deben estar estipulados en el contrato respectivo, sin embargo, si existe atraso en el pago de las estimaciones correspondientes, la autorización de ajuste de costos u otra circunstancia que no es autorizada en tiempo y forma por la dependencia o entidad a pesar de que hay insistencia del contratista, es claro que puede existir atraso o incumplimiento a los programas de ejecución, de ahí que la propuesta de reforma sea con el objetivo de que para que una parte exija a la otra su cumplimiento, es necesario demostrar el propio, de lo contrario se provoca inestabilidad para cumplir adecuadamente el programa de ejecución y lo cual conlleva a que la dependencia o entidad muchas de las veces argumente infundadamente incumplimiento imputable al contratista.

No implicará retraso en el programa de ejecución de la obra y, por tanto, no se

considerará como incumplimiento del contrato y causa de su rescisión, cuando el atraso tenga lugar por falta de información referente a planos, especificaciones o normas de calidad, de entrega física de las áreas de trabajo y de entrega oportuna de materiales y equipos de instalación permanente, de licencias, y de permisos que deba proporcionar o suministrar la contratante, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado la suspensión de los trabajos.

La ley en la forma en que se encuentra redactada interpretada gramaticalmente, exime de responsabilidad a la propia Administración Pública, dejando en total desventaja al contratista a quien no le queda otra cosa que respetar lo establecido por la ley; sin embargo, no es correcto que una ley sea inequitativa e injusta, ya que en el fondo está en contra de los principios generales del derecho, los más puros, la equidad y la justicia.

Estos supuestos son innegablemente, causas de rescisión imputables a la dependencia o entidad, ya que implican daño al patrimonio del contratista, esto es así, ya que de la definición de rescisión del capítulo anterior, que dice que la rescisión es una forma de extinción de un contrato, y opera en los casos en que una de las partes observe que la otra le ha causado un daño o perjuicio patrimonial, como consecuencia de acciones diferentes y contrarias a lo pactado en el contrato respectivo, ya que de haber cumplido con las cláusulas de dicho contrato, no se daría esa lesión a su patrimonio. Cuyos efectos son inmediatos y operan sobre el vínculo contractual para que éste deje de existir en el mundo jurídico, y por consiguiente sus consecuencias ya no se producirán; y puede ser por acuerdo de las partes o por una de ellas en atención a los presupuestos que la ley establezca para esos casos.

En esta fracción la ley, tolera a la Administración Pública para que su incumplimiento no pueda ser reclamado por el contratista, situación por demás injusta. Porque, mientras a la contratista se le exige el cubrir garantías de cumplimiento, para que de cualquier manera cumpla con lo estipulado en el contrato, ya que de no ser así está el riesgo latente de que se harán efectivas dichas garantías; además de que se le requiere cubrir con todos y cada uno de los requisitos de las bases de licitación; a la dependencia o entidad también se le debe exigir tal hecho porque, como ha quedado establecido se trata de un contrato

bilateral en el que así como nacen derechos también surgen obligaciones recíprocas.

V. Si es declarado en concurso mercantil en los términos de la Ley de Concursos Mercantiles.

Ello en atención a que no cuenta con la capacidad financiera que aseguró tener durante el procedimiento de licitación público, lo cual se traduce en inobservancia de la propia ley.

VI. Si subcontrata parte de los trabajos objeto del contrato, si contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad.

Esta parte obedece principalmente a que dentro del procedimiento licitatorio, se estableció que ninguna de las bases es negociable, por lo tanto, al requerir a un participante que reúna ciertas características, resultando adjudicado con motivo de su satisfacción, es claro, que fueron precisamente esas cualidades y características que favorecieron ser adjudicado del contrato.

VII. Si cede los derechos de cobro derivados del contrato, sin contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad.

Esta fracción contempla el hecho de que debe ser el contratista el único responsable de la ejecución de los trabajos y, por lo tanto, el único al que se le deben pagar como contraprestación el valor de la obra pública realizada.

Las fracciones VI y VII derivan del hecho de que el contrato de obra pública es un contrato intuitu personae, lo que podemos ver desde lo que establece el propio artículo 134 Constitucional así como La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ya que precisamente es un requisito legal que se lleve a cabo el procedimiento de licitación pública para que la Administración Pública seleccione a la persona con la que va a contratar, a efecto de asegurar al Estado las mejores condiciones y por ello resulta que, si la contratista contraviene los dispuesto en estos preceptos serán nulos tanto la subcontratación como la sesión de derechos de cobro derivados del contrato respectivo.

VIII. Si el contratista no da a la dependencia o entidad y a las dependencias que tengan facultad de intervenir, las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos.

IX. Si el contratista cambia su nacionalidad por otra, en el caso de que haya sido establecido como requisito, tener una determinada nacionalidad.

X. Si siendo extranjero, invoca la protección de su gobierno en relación con el contrato.

Estas últimas tres fracciones en caso de ser cometidas por el contratista por ser contrarias a la Ley, implica necesariamente su rescisión, puesto que en todo caso, forman parte de las prohibiciones que deben estar estipuladas en los correspondientes contratos para su efectividad.

XI. En general por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, las Leyes, Tratados y demás aplicables.

Las Dependencia y entidades, atendiendo a las características, magnitud y complejidad de los trabajos, podrán establecer en los contratos otras causas de rescisión.

Es oportuno recordar que el contrato de obra pública, como contrato administrativo es clasificado además como un contrato de adhesión y de ahí que el contratista se adhiera a las cláusulas previamente establecidas por la dependencia o entidad, pero no significa que de manera arbitraria la Administración Pública este en la facultad de considerar situaciones imposibles de realización por parte de la contratista o que signifiquen algún tipo de perjuicio o daño al patrimonio de ésta.

CONCLUSIONES

1.- La Licitación Pública tiene su fundamento en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y regulada en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

2.- La Licitación Pública es el procedimiento mediante el cual el Estado encuentra con quien contratar obra pública y que le asegura las mejores condiciones económicas, financieras y demás inherentes.

3.- Para que el Estado convoque a una licitación pública debe contar previamente con la debida planeación, programa aprobado y presupuesto autorizado.

4.- El contrato de obra pública es un contrato administrativo porque el elemento sujeto, lo conforman por una parte, el Estado, y se regula por una ley de orden público.

5.- El fin que persigue el Estado al celebrar un contrato de obra pública es satisfacer el interés general en ese rubro.

6.- El fin que persigue el contratista al celebrar un contrato de obra pública con el Estado es la de obtener un beneficio económico lícito.

7.- Las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas son de observación obligatoria, y por lo tanto, no quedan al arbitrio de las partes.

8.- Lo estipulado en un contrato de obra pública está supeditado a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y por ello, su cumplimiento no debe obedecer a la cualidad de ninguna de las partes contratantes.

9.- Contravenir y dejar de observar las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su conjunto y no aisladamente, puede generar la nulidad del procedimiento de Licitación Pública así como del propio Contrato de Obra

Pública.

10.- La rescisión administrativa es un acto administrativo mediante el que la dependencia o entidad contratante de manera unilateral, resuelve sobre el contrato de obra pública cuando considera que existen causas de incumplimiento imputables al contratista.

11.- La rescisión administrativa del contrato de obra pública carece de equidad jurídica porque su determinación se basa en consideraciones subjetivas, parciales y arbitrarias.

12.- Los artículos 61 y 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y, 125 y 127 de su Reglamento carecen de equidad jurídica porque la rescisión administrativa del contrato de obra pública y su procedimiento, se realiza por parte de la dependencia o entidad contratante de manera unilateral sin tomar en cuenta los argumentos de cumplimiento que expone el contratista afectado.

13.- El Poder Judicial en su función de jurisdicción puede resolver con equidad un contrato de obra pública sin afectar la satisfacción del interés general en materia de obra pública.

De esta manera quedaría integrada mi propuesta.

La reforma de los artículos 61 y 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, así como de los numerales 125 y 127 de su Reglamento, a fin de que desaparezca la rescisión administrativa de los contratos regulados por tales ordenamientos es necesaria, porque no existe equidad jurídica cuando se rescinde administrativamente un contrato de obra pública por parte de la dependencia o entidad derivado de un supuesto incumplimiento imputable al contratista.

Sobre todo porque contra dicha determinación es inevitable acudir ante los Tribunales Federales a dirimir la controversia que se plantea bajo la hipótesis de que la rescisión administrativa está afectada de nulidad.

Aunado a lo anterior, el Estado Mexicano resiente los gastos que ello origina en razón a que debe cumplir con el debido destino de los recursos económicos del país en ese rubro, porque deberá cumplir con la sentencia que en su caso se dicta, la que al final se traduce en cantidades liquidadas a pagar al contratista.

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

De acuerdo a las consideraciones señaladas con anterioridad, la redacción del artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas podría ser en el siguiente tenor:

En caso de incumplimiento de una de las partes al contrato, la otra podrá acudir ante el órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando sea imposible continuar la ejecución de los trabajos sin retraso imputable a la que incumple, debiendo previamente notificarle con quince días de antelación, el escrito mediante el que demuestra estar al corriente de las obligaciones a su cargo, a efecto de que se tomen las precauciones pertinentes encaminadas a salvaguardar y hacer constar los trabajos ejecutados y los pendientes por ejecutar.

El procedimiento para tales efectos se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

I. Se iniciará a partir de que se notifique por escrito a la contraria el debido cumplimiento de sus obligaciones, para que en un término de quince días hábiles manifiesta lo que a sus intereses convenga.

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, mediante escrito firmado por ambas partes, se hará constar la certeza o no del cumplimiento del contrato, pudiendo agregar las observaciones que estimen pertinentes, para poder iniciar los trámites correspondientes a fin de acudir ante el órgano jurisdiccional competente.

III. Sólo para el caso de que el escrito a que se refiere la fracción anterior, no sea firmada por ambas partes, se estará a lo que esta Ley señala para los casos de conciliación.

IV. En caso, de que se declare la rescisión del contrato de obra pública, se estará a lo resuelto por el órgano jurisdiccional.

El objetivo de tal redacción es preparar los documentos que serán idóneos para ofrecerse como medio de prueba encaminados a acreditar precisamente el cumplimiento de la parte actora y el incumplimiento por causas imputables a la demandada.

Así como dejar el precedente de que en todo caso, las partes tuvieron la oportunidad de conciliar los puntos de desacuerdo respecto a la forma, tiempo, calidad y demás aspectos relacionados con los trabajos ejecutados y los pendientes de ejecutar.

Pero sobre todo asegurar un procedimiento equitativo, igualitario e imparcial al observar debidamente las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 62 DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

La redacción del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas podría ser en el siguiente tenor:

Artículo 62.- En la suspensión, rescisión o terminación anticipada de los contratos deberá observarse lo siguiente:

I. Cuando se determine la suspensión de los trabajos o se resuelve la rescisión del contrato por causas imputables a la dependencia o entidad, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate, además se estará a lo ordenado por la sentencia respectiva.

II. En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, una vez emitida la sentencia respectiva, además de lo que en ella se condene, atendiendo al finiquito que se haya exhibido al juzgador en el que se contemplará entre otros aspectos, el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados o las penas convencionales que procedan; la dependencia o entidad, deberá hacer efectivas las garantías de cumplimiento.

Las dependencias y entidades deberán mencionar en su correspondiente demanda, la aplicación de las penas convencionales o el sobrecosto que resulte del incumplimiento del contratista, justificando, la oportunidad de uno o de otro.

III. Cuando se den por terminados anticipadamente los contratos, la dependencia o entidad pagará al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate, y

IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá optar por no ejecutarlos. En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá solicitarla a la dependencia o entidad, quien determinará lo conducente dentro de los quince días naturales siguientes a la presentación del escrito respectivo; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente, pero si la dependencia o entidad no contesta en dicho plazo se tendrá por aceptada la petición del contratista.

Una vez comunicada por la dependencia o entidad la terminación anticipada de los trabajos o el escrito firmado a que se refiere el artículo 61 de esta Ley para la rescisión de los contratos, éstas procederán a tomar inmediata posesión de los trabajos ejecutados para hacerse cargo del inmueble y de las instalaciones respectivas, y en su caso, proceder a suspender los trabajos, levantando, con o sin la comparecencia del contratista, acta circunstanciada del estado en que se encuentre la obra. En el caso de entidades, el acta circunstanciada se levantará ante la presencia de fedatario público.

En el caso de la solicitud a que se refiere el primer párrafo de esta fracción, o del escrito firmado a que se refiere el artículo 61 de esta Ley, el contratista solicitará el pago de los trabajos ejecutados, retirará la mano obra, maquinaria o equipo que haya trasladado para la ejecución de los mismos, así como hará la entrega del inmueble y de las instalaciones respectivas, con o sin la presencia del contratante ante fedatario público, esto también se observará en el caso de entidades.

El contratista estará obligado a devolver a la dependencia o entidad, en un plazo de diez días naturales, contados a partir del inicio del procedimiento respectivo, toda la documentación que este le hubiere entregado para la realización de los trabajos.

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 125 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

La redacción del artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que se propone es en el siguiente tenor:

Artículo 125. Cuando cualquiera de las partes, ya sea la dependencia o entidad o el contratista determine rescindir un contrato, deberán cumplir con el procedimiento que para tal efecto se establece en la Ley; previo a acudir ante el órgano jurisdiccional competente para obtener la declaración correspondiente.

La necesidad de observar el procedimiento previo a demandar la rescisión del contrato de obra pública es porque cuando se elabora el finiquito del mismo, se realiza una revisión del avance de los trabajos, de los pagos efectuados y los pendientes, y de los demás aspectos que implican resguardar la obra pública sin afectar a los destinatarios y evitar perjuicio patrimonial a las partes.

PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 127 Y ADICIÓN DEL ARTÍCULO 127 BIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS.

Esta propuesta está enfocada a no dejar en estado de indefensión al contratista por no existir los supuestos de incumplimiento imputables a la contratante, siendo que deberán entenderse también de manera enunciativa más no limitativa.

Artículo 127. Las dependencias y entidades demandarán la rescisión del contrato cuando se presente alguna de las siguientes causas imputables al contratista:

I. Si el contratista no justifica el retraso en el inicio de los trabajos objeto del contrato dentro de los quince días siguientes a la fecha convenida conforme a la Ley, este reglamento los tratados y el propio contrato de que se trate.

II. Si interrumpen injustificadamente los trabajos o se niegue a reparar o reponer alguna parte de ellos, que hubiere sido detectada como defectuosa por la dependencia o entidad, que no derive del incumplimiento previo de esta última y que se desprenda de la inobservancia de lo convenido previamente en el contrato respectivo.

III. Si no ejecuta los trabajos de conformidad con lo estipulado en el contrato o sin motivo justificado no acata las ordenes dadas por el residente de obra o por el supervisor, que tengan su base en la Ley, este Reglamento, los Tratados, demás disposiciones aplicables y el contrato de que se trate.

IV. Si no da cumplimiento a los trabajos de ejecución por falta injustificada de materiales, trabajadores o equipo de construcción que implique dificultad para la terminación satisfactoria de los trabajos en el plazo estipulado.

V. Si es declarado en concurso mercantil en los términos de la Ley de concursos Mercantiles.

VI. Si subcontrata partes de los trabajos objeto del contrato, sin contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad.

VII. Si cede los derechos de cobro derivados del contrato, sin contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad.

VIII. Si el contratista no da a la dependencia o entidad y a las dependencias que tengan facultad de intervenir, las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos.

IX. Si el contratista cambia su nacionalidad, en el caso de que haya sido establecido como requisito, tener una determinada nacionalidad.

X. Si siendo Extranjero, invoca la protección de su gobierno en relación con el

contrato.

XI. En general, por el incumplimiento a cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, las Leyes, este Reglamento, Tratados y demás disposiciones aplicables; pudiendo establecerse otras causas de rescisión, atendiendo las características, magnitud y complejidad de la obra pública o trabajos por ejecutar.

ADICIÓN DEL ARTÍCULO 127 BIS AL REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

La redacción del artículo 127 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas sería en el siguiente tenor:

Artículo 127 Bis. El contratista podrá demandar la rescisión del contrato por causas imputables a la dependencia o entidad cuando se presente alguna de las siguientes causas:

I. Si no pone a disposición del contratista el o los inmuebles en que deban llevarse a cabo los trabajos con la oportunidad necesaria, debiendo hacerse constar por escrito.

II. Si la dependencia o entidad no ha establecido la residencia de la obra con anterioridad al inicio de los trabajos.

III. Cuando se atrase en la entrega de los anticipos y que no se trate del primer ejercicio.

IV. Cuando tenga lugar la falta de información referente a planos especificaciones o normas de calidad, de entrega física y oportuna de materiales y equipos de instalación permanente, de licencias, y permisos que debe proporcionar o suministrar al contratista, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado la suspensión de los trabajos sin causa justificada.

V. Si la contratista detecta que la dependencia o entidad al momento de formalizar el contrato respectivo, no contaba con presupuesto autorizado.

VI. En general, por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones derivadas

del contrato las Leyes, Tratados, este Reglamento y demás disposiciones aplicables; pudiendo establecerse en los contratos otras causas de rescisión, atendiendo a las características, magnitud y complejidad de los trabajos.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Volumen I, tercera edición, Porrúa, México, 1998.

BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, segunda edición, Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.

CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, El Contrato de Obra Pública, Trillas, México. 1991.

ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, "Conceptos, Fuentes, Relación Jurídico-Administrativa y Justicia Administrativa", Volumen I/1, novena edición, Tecnos, Madrid, 1992.

FERNANDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo, McGraw-Hill, México, 2001.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo, "Contratos", segunda edición, Porrúa-UNAM, México, 2003.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 45ª edición. Porrúa, México, 2006.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, et al., Curso de Derecho Administrativo I, novena edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999.

LOPEZ-ELÍAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999.

MARQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, Teoría General de las Nulidades, segunda edición, Porrúa, México, 1992.

MARTINEZ ALFARO, Joaquín, Los Contratos Derivados Del Artículo 134 Constitucional, Porrúa, México, 1993.

MARTINEZ MORALES, Rafael I., Derecho Administrativo 1er Curso, quinta edición, Oxford, México, 2004.

MORALES-PAULIN, Carlos A., El Proceso Administrativo Público, "La Planeación-Programación, la Organización y el Control de la Administración Pública, Porrúa, México, 1999.

NAVA NEGRETE, Alfonso, Derecho Administrativo Mexicano, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Primer Curso de Derecho Administrativo, cuarta edición, México, 2005.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo Primer Curso, vigésima edición, Porrúa,

México, 1999.

LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley Federal de Procedimiento Administrativo

Ley de Planeación

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria

Código Civil Federal

Código Federal de Procedimientos Civiles

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas